

A NORMA TRIBUTÁRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTEs: a imposição de limites à atividade estatal e à capacidade contributiva

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Palestra proferida em 17 de Junho de 2005, em Gramado-RS no IV Congresso de Direito Tributário em Questão. Promoção da Escola Superior de Direito Tributário, mantida pela Fundação da Escola Superior do Direito Tributário. Participaram desta palestra: Humberto Ávila, Prof. Dr. Pela Universidade de Minuque; Min. José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Juarez Freitas, Prof. Dr. Pela UFSC.

1. Norma Tributária – Conceito:

SÍNTESE DO PENSAMENTO DE MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO, EM REGRA MATRIZ DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA ANO 2000, INSERITO NO SITE http://www.infojus.com.br/area12/marcelo_magalhaes_2.htm, ACESSADO EM 15.06.2005:

“A NORMA TRIBUTÁRIA, COMO QUALQUER NORMA, É CONCEITUADA PELA VIA DE UM JUÍZO HIPOTÉTICO CONDICIONAL.

PAULO BARROS DE CARVALHO: A NORMA TRIBUTÁRIA EM SENTIDO ESTRITO É AQUELA QUE DEFINE A INCIDÊNCIA FISCAL, SENDO CONSTRUÍDA PELO LABOR DO CIENTISTA DO DIREITO, CUJO RESULTADO SE APRESENTA NA FORMA DE UM JUÍZO HIPOTÉTICO CONDICIONAL. DESSA FORMA, HAVERÁ SEMPRE UMA HIPÓTESE, DENOMINADA SUPOSTO OU ANTECEDENTE, A QUE SE CONJUGA UM MANDAMENTO, UMA CONSEQÜÊNCIA OU ESTATUIÇÃO, DENOMINADA CONSEQÜENTE.

EM CONSEQÜÊNCIA, conforme ensina Paulo Barros de Carvalho, A HIPÓTESE TRARÁ A PREVISÃO DE UM FATO (SE ALGUÉM AUFERIR RENDA), ENQUANTO A CONSEQÜÊNCIA PRESCREVERÁ A RELAÇÃO

JURÍDICA (OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA) QUE VAI SE ESTABELECEER, ONDE E QUANDO OCORRER O ENVENTO COGITADO.

A HIPÓTESE VISLUMBRA UM FATO E A CONSEQÜÊNCIA PRESCREVE OS EFEITOS JURÍDICOS QUE O ACONTECIMENTO IRÁ DIFUNDIR, MOTIVO PELO QUAL SE FALA EM DESCRITOR E PRESCRITOR, O PRIMEIRO PARA DESIGNAR O ANTECEDENTE NORMATIVO E O SEGUNDO PARA INDICAR O SEU CONSEQUENTE.

EM SÍNTESE:

OS MODERNOS CIENTISTAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO TÊM INSISTIDO NA CIRCUNSTÂNCIA DE QUE, TANTO NO DESCRITOR (HIPÓTESE) QUANTO DO PRESCRITOR (CONSEQÜÊNCIA) EXISTEM REFERÊNCIAS A CRITÉRIOS, ASPECTOS, ELEMENTOS OU DADOS IDENTIFICATIVOS.

Na hipótese (descriptor), encontraremos um critério material (comportamento de uma pessoa, que no caso em epígrafe será auferir renda) condicionada no tempo, ou seja, no final do exercício financeiro (critério temporal), e no espaço (critério espacial), que para o Imposto de Renda da Pessoa Física será qualquer lugar do mundo, devido ao princípio da tributação universal.

Na conseqüência (prescritor), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota)“.

CONCLUI-SE, EM RAZÃO DOS CONCEITOS ASSUMIDOS PELA DOUTRINA SOBRE A NORMA TRIBUTÁRIA:

a) Os elementos componentes do tributo quando organizados abstrata e logicamente dão lugar a norma jurídico-tributária ou regra-matriz de incidência. A norma tributária, assim como as normas jurídicas de uma forma geral, apresenta uma hipótese (previsão de um fato) e uma conseqüência (previsão de relação jurídica, a obrigação tributária) que vai se instalar, onde e quando acontecer o evento cogitado na hipótese. (ALDEMÁRIO ARAÚJO CASTRO - www.direitotributario.hpg.ig.com.br/texto2.htm)

b)“ A norma tributária, geral e abstrata, como qualquer norma, deve preexistir à obrigatoriedade de sua observância, por obediência aos

princípios da legalidade e da irretroatividade. Inserta no ordenamento jurídico, está apta a produzir efeitos concretos, uma vez que o sujeito ao qual se dirige coloque-se na situação por ela descrita capaz de desencadear aqueles efeitos. Justamente em vista desse fenômeno, qual seja, previsão legal _fato-incidência-obrigação_, observado na generalidade das relações jurídicas cogentes, estabelecidas independentemente da vontade do sujeito passivo estar dirigida a sua conformação, tal como ocorre na seara tributária, constata-se que, tanto quanto para o surgimento da obrigação principal, faz-se necessária a previsão de um fato, uma situação sobre a qual a norma incida e dê origem à obrigação acessória". (O fato gerador da obrigação acessória

Lana Mara Pessoa de Moura
em
http://ultimainstancia.ig.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=13786

2. Necessidade de ser entendido o alcance conceitual da norma tributária tendo em vista o alcance dos direitos fundamentais

REGRAS CONTEMPORÂNEAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO.

a) Interpretação econômica:

"Há quem entenda ser a chamada interpretação econômica especificidade do Direito Tributário (8). *"O florescer de estudos sobre o Direito Tributário"*, diz Alfredo Augusto Becker, *"primeiro na Alemanha, depois na Itália, França, e agora no Brasil, originou numerosa corrente doutrinária, segundo a qual, dever-se-ia ter como princípio geral dominante (e não como regra jurídica excepcional) o princípio que o Direito Tributário, ao fazer referência a institutos e conceitos de Direito Privado, desejaria transmitir ao intérprete aplicador da lei tributária não a peculiar estrutura jurídica daquele instituto ou conceito – mas o fato econômico que lhe corresponde. Esta doutrina, com algumas restrições e peculiaridades, é esposada por Amílcar de Araújo Falcão, que foi quem,*

até hoje, com melhor precisão e clareza, mostrou os cânones fundamentais desta doutrina" (9).

b) "Capacidade contributiva – é a capacidade econômica do contribuinte ou a capacidade de pagar (*ability to pay*). Significa que cada um deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira. Subordina-se à idéia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das "regras de ouro" para se obter a verdadeira justiça distributiva (3), (v. CF, art. 145, parágrafo 1º)".

c) "Legalidade - subdividido em superlegalidade, reserva da lei e primado da lei, este é um dos pontos cardeais do Estado Financeiro, expressamente consagrado no art. 150, I, da CF (3), e, segundo o prof. Ruy B. Nogueira, impõe que o tributo só existe se criado por lei e na medida por ela criada. Em face desse princípio não pode ser aplicado método interpretativo de construção, integração, analogia ou extensão de que resulte a criação ou modificação do tributo, pois se a lei não o previu, ele não pode surgir ou tornar-se maior ou menor por outra via (12)".

d) "Tipicidade Tributária – Corolário da legalidade, este princípio quanto à criação do tipo é uma das configurações lógicas do pensamento jurídico, ou o objeto da definição da lei, em caráter abstrato; quanto à definição do fato gerador, significa que este, por gerar o tributo, deve vir exhaustivamente definido na lei, seja no seu aspecto nuclear, seja nos aspectos subjetivos, temporais e quantitativos, de preferência através de conceitos determinados e enumerações casuísticas. Quanto à interpretação e aplicação, impõe que só haverá imposição fiscal se o fato, previamente qualificado pelo intérprete, se subsumir, exata e precisamente, em todos os aspectos da definição abstrata da lei (3)".

e) "Clareza – Informa que na elaboração das normas tributárias deve prevalecer a terminologia clara e unívoca, a correção vernacular, os conceitos determinados e as enumerações taxativas (3), ao invés da *numerus apertus*, quando da cominação legal".

f) “Irretroatividade – Salvo em relação a lei benigna, a interpretativa e a declaração de inconstitucionalidade, significa que a lei nova não pode atingir, no presente, os efeitos dos fatos ocorridos no passado: a regra geral do direito tributário é a da eficácia da lei nova sobre os fatos geradores futuros e pendentes (art. 105 do CTN) (3). (Ver também art. 5.º, XXXVI e art. 150, III da CF)”.

g) “ Anterioridade – É o princípio do art. 150, III, b, da CF, que determina que o tributo não pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou (3)”.

h) “Proteção da confiança do contribuinte – Emana do princípio da boa-fé e significa que a Administração não pode prejudicar os interesses do contribuinte, se este agiu na conformidade das regras então vigentes (3) (art. 100, p. único do CTN).

Estes princípios informam a interpretação tributária, dentre outros, implícitos, que se incluem dentro de qualquer outro ramo de Direito, como o da boa-fé, o do Estado Social de direito, o da democracia, os constitucionais em sentido estrito, *etc.*

3. Direitos fundamentais dos contribuintes:

CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Ricardo Lobo Torres¹, consciente da existência, na atualidade, no campo doutrinário, de “certa perplexidade metodológica” a respeito

¹ Ricardo Lobo Torres, Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito, coordenou a obra intitulada Teoria dos direitos fundamentais, vários autores, editada pela Editora Renovar, em 1999.

da teoria dos direitos fundamentais, coordenou e publicou, ultimamente, obra sobre o assunto, onde busca, por via de contribuição própria e de vários outros autores², despertar, ainda mais, o debate no âmbito das pesquisas desenvolvidas pela comunidade jurídica sobre o tema.

A referida publicação, pela importância que ela representa na atual estágio doutrinário sobre o assunto, merece ser destacada e analisada em todos os aspectos abordados, especialmente, nos pronunciamentos representativos de uma visão evoluída da teoria dos direitos fundamentais, como via essencial para fazer crescer o respeito,

² Os autores e os artigos que compõem a referida obra são os seguintes:

1) Celso de Albuquerque Mello (“O § 2º do art. 5º da Constituição Federal), Professor de Direito Internacional Público nas Faculdades de Direito da PUC/Rio, UERJ, UGF e UNIG e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Autor dos seguintes livros, entre outros: Direito constitucional internacional, Rio de Janeiro: Renovar, 1994; Direitos humanos e conflitos armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; Curso de direito internacional público, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

2) Daniel Sarmento (“Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”), Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ.

3) Márcio Monteiro Reis (“Moral e Direito. A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin”) - Mestrando em Direito Público -UERJ.

4) Gustavo Amaral (“Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes”), Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ.

5) Maurício Andreiulo Rodrigues (“Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição”), Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público -UERJ.

6) Ricardo Almeida Ribeiro da Silva (“A crítica comunitária ao liberalismo), Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público -UERJ.

7) Ricardo Lobo Torres (“A cidadania multidimensional na era dos direitos”), Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Autor de A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, Rio de Janeiro, Renovar,1991; Normas de interpretação e integração do direito tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1994; Os Direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

8) Teresa Negreiros (A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios), Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC/Rio e Doutoranda em Direito Civil - UERJ. Autora de: Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-Fé, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

9) Vicente de Paulo Barreto (Bioética, biodireito e direitos humanos), Professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UERJ e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UGF; Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Pans X; Diretor do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização - PIDIG. Autor de Ideologia política, Rio de Janeiro, Zahar, 1978; Primórdios do liberalismo, Brasília, UNB, 1984; Evolução do Pensamento Político Brasileiro, Belo Horizonte, Itatiaia, 1989.

por todos os segmentos dos agentes políticos condutores do Estado e da população que o forma, aos valores da cidadania.

Ao fazer a apresentação do livro supramencionado, Ricardo Lobo Torres chama a atenção para a já consagrada afirmação e advertência de Norberto Bobbio de que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto a justificá-los, mas o de protegê-los”(A era dos direitos, São Paulo, Ed. Campus, 1992, p. 24).

A seguir, após fazer referências a outros autores que pensam diferentemente do pregado por Bobbio, isto é, que pensam ser mais urgente redefinir os direitos fundamentais, observa o fato de que é alarmante, no Brasil, “o déficit teórico” a respeito de estudo vinculado aos direitos fundamentais, não obstante, a partir dos anos 70, a Europa e os Estados Unidos terem começado com movimentos para suprir essa ausência doutrinária sobre tão importante entidade jurídica protetora da cidadania.

Certo tenho que, embora seja essencial a permanente abordagem cultural jurídica relativa aos problemas da teoria dos direitos fundamentais, para o aperfeiçoamento contemporâneo das linhas positivas que os regem, a realidade brasileira demonstra, com os acontecimentos presentes na vida social, econômica e política do País, que a afirmação de Norberto Bobbio tem valor de conteúdo mais aproximado com a real situação vivenciada, a exigir que se forme uma consciência nacional da necessidade de proteger os direitos do homem, sob pena de as gerações futuras serem surpreendidas com regimes democráticos falsos ou, apenas, representados por rótulos.

O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios procurados pelos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-los compreensíveis pelas variadas camadas sociais. Estas, por outro ângulo, devem ser incentivadas a fazer uso dos direitos que as protegem em frente ao Estado, aos grupos organizados e às maiorias personalizadas ou não.

Não se ignora que os antigos conceitos de democracia, as velhas estruturas teóricas que a formam e a sustentam, com ou sem adjetivações, não servem, em vários dos seus aspectos, para serem aplicados aos problemas que o Estado está enfrentando com o cidadão, na era contemporânea, por não expressarem soluções concretas produtoras de êxito de paz social, de respeito à dignidade humana e de

valorização do trabalho, da saúde, da educação e proteção da criança, do adolescente e do meio ambiente.

As transformações impostas à humanidade pelos fenômenos presentes no final do século XX e os que, com certeza, estão sendo esperados que aconteçam no início deste Século , conduzem a ciência política, em harmonia com a jurídica, a um posicionamento investigativo que resulte em respostas atuais a perguntas como: Qual o retrato da democracia desejada pelo cidadão neste final de Século? É fundamental diminuir a influência do Estado na construção de uma nova concepção sobre as estruturas de um novo regime democrático, atendendo-se, de forma preferencial, aos anseios da cidadania? É essencial para o futuro da nação brasileira esse tipo de preocupação? Há uma definição universal de democracia a ser seguida, adaptando-se, apenas, aos nossos costumes, aos nossos ideais e às nossas necessidades globais? É possível a sobrevivência de um regime democrático sem respeito integral aos direitos fundamentais do cidadão, especialmente os direitos humanos? O atual padrão de conduta dos agentes políticos, em todos os três níveis de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) está coerente com os princípios formadores do regime democrático desejado e cultivado pela Nação? É de influência grave ou sem influência para o fortalecimento do Estado a desilusão do cidadão com a democracia praticada no Brasil? Qual o retorno, no referente à formação de uma consciência política sólida e democrática, do esforço de alertar as novas gerações sobre tais questões que preocupam a sociedade de hoje?

As respostas a essas indagações não podem ser oferecidas sem uma análise aprofundada dos fenômenos atuais vivenciados pelo meio social e que se ligam, de uma forma ou de outra, aos posicionamentos a serem assumidos.

Paulo Bonavides, em sua obra Curso de direito constitucional ,6ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., dedica o Capítulo 16, dividido em 10 partes, ao estudo da teoria dos direitos fundamentais. Na busca de caracterizá-lo, conceituá-lo e definir a sua natureza e sua concepção universal, destaca o que denominou “uso promíscuo”, por as “expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente³”.

³ “Afirma Paulo Bonavides, na p. 514 da obra citada: “Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e

A seguir, o mesmo autor, após fazer referências às idéias de Konrad Hesse⁴ e Carl Schmitt⁵, caracteriza e conceitua os direitos fundamentais do modo seguinte:

“Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele⁶, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: ‘numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável’.

Corresponde, assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam ‘segundo o critério da lei’ ou ‘dentro dos limites legais’. De tal modo que – prossegue Schmitt noutro lugar da Teoria da Constituição – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos

latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

⁴ Paulo Bonavides registra que Konrad Hesse, em sua obra *Grundrechte*, in *Staatslexikon*, Herausgeben von Goeresgesellschaft, BD.2.7. Auflage, 1986, compreende os direitos fundamentais como almejando a criação e a manutenção de pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Aponta, ainda, a obra citada do autor como sendo um dos clássicos do direito público alemão. Esclarece, também, que “ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. Afirma que esse entendimento, do mesmo autor, está em outra obra de sua autoria intitulada *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13, Ergaenzte Auflage, Heidelberg, 1982.

⁵ Esclarece Paulo Bonavides que Carl Schmitt, com relação aos direitos fundamentais, “estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”. Em nota de rodapé, faz referência ao livro do autor denominado “*Verfassungslehre, Unveränderter Neudruck*, 1954, Berlin, p. 163-73.

⁶ O autor está fazendo referência ao pensamento de Carl Schmitt.

conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Coutmy com Jellinek ao começo deste século. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali 'direitos naturais, inalienáveis e sagrados', direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

O fim de toda comunhão política não podia ser outro senão conservá-los, rezava o célebre texto. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: 'Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações⁷'.

A visão moderna de Paulo Bonavides sobre direitos fundamentais abrange, pela amplitude da conceituação defendida, o que Celso de Mello afirmou, ao interpretar o § 2º do art. 5º da Constituição Federal⁸:

"Não se pode estudar o Direito sem se conhecer a sociedade que ele vai reger. Ele tem um curto grau de autonomia em relação a infraestrutura e é esta autonomia que pretendemos utilizar para a defesa dos direitos humanos.

⁷ O autor, em nota de rodapé, registra que referida frase está na obra de Émile Boutmy, *La Déclaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek*, in *Études politiques*, Paris, 1907, p. 139-40.

⁸ Celso de Albuquerque Mello, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, trabalho integrante da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, coordenação de Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, p. 1 a 33.

O Direito tem sofrido profundas transformações no mundo de hoje. Hespanha escreve um texto que me parece notável e que merece ser reproduzido apesar de extenso:

‘Se olharmos desmistificadamente o fenómeno legislativo dos nossos dias, a primeira constatação é a de que a lei serve funções muito diversas, algumas das quais nada têm a ver com as clássicas funções regulativas. Muito frequentemente a lei é utilizada para enunciar de forma solene e propagandística as intenções do poder, um pouco independentemente de tais intenções serem realmente praticáveis ou de o poder tencionar levá-las à prática. Este ‘uso simbólico’ da lei não é, evidentemente, de hoje, mas verifica-se muito mais frequentemente na atualidade, tanto nos regimes autoritários, como nos democráticos-parlamentares. Nos primeiros, a estatuição legal de certos princípios (por exemplo, a garantia dos direitos individuais) constitui a cobertura, interna e externa da sua violação prática. Nos segundos o valor simbólico da lei é diversamente utilizado: serve para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo, para anunciar solenemente intenções e captar votos para satisfazer clientelas ou gerir combinações políticas. Em qualquer dos casos, a lei funciona, aqui, não como um mecanismo diretamente regulativo mas como um instrumento persuasivo ou simbólico, afetando o nosso comportamento, não tanto pela ameaça de sanções, como pela carga simbólica de que é portadora. A forma lei sofreu uma mutação funcional, tornando-se num substituto do programa eleitoral ou de governo ou da plataforma política’.

Sob a capa da lei, está a fazer-se outra coisa, que é entendida doutra forma.

A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformar em realidade e não permanecer por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas. No Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas e legislação que conduzam a uma distribuição de renda e isto deve ser da responsabilidade de todos os brasileiros e acima de tudo dos três poderes do Estado”.

No contexto de tais afirmações doutrinárias cabe o desenvolvimento de um processo de revisitação ao lembrado por J. J. Gomes Canotilho⁹, no sentido de que “Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.

⁹ J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, Coimbra, Livr.Almedina, 1991, p. 435.

Em seqüência, enfatiza o eminente constitucionalista lusitano supra referido, tendo em consideração a Carta Magna de Portugal, que:

“Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática. Qualquer que seja a compreensão que se queira atribuir ao princípio democrático, parece inequívoco que:

(1) o exercício democrático do poder significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48.0 e 112.0) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) o exercício democrático do poder implica participação livre, pelo que pressupõe importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) o exercício democrático significa abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais (cfr. infra, Parte 1, Cap. 3.0), constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural (art. 2.0). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático: (1) pressupondo a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia; (2) os direitos fundamentais, como direitos subjectivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático; (3) como direitos legitimadores de um domínio democrático, os direitos fundamentais asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral, etc.); (4) como direitos subjectivos a prestações sociais, económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem a força dirigente para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos. Neste sentido se compreende que a Constituição de 1976 se refira a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais (cfr. art. 2.0)”.

Assume relevante importância, no patamar a que chegaram as investigações doutrinárias acima registradas, as observações de Canotilho, pág. 507 da obra já mencionada, a respeito da importância que deve ter para o cidadão a constitucionalização e fundamentalização (expressões por ele adotadas) dos direitos fundamentais. São suas as seguintes mensagens:

“De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, <os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até,

por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Frundrechtsnormen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon¹⁰: <onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios>. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”.

Reconhece-se, o que não divirjo, como constante a preocupação da doutrina com as variadas teorias dos direitos fundamentais, bem como com determinadas incompreensões sobre a aplicação dos seus efeitos, tendo em vista a norma concreta. Celso Albuquerque de Mello chega ao extremo de afirmar que:

“O propósito do disposto no parágrafo § 2º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no D. Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma Constituição cidadã e os nossos tribunais superiores transformaram em uma Constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás, vez que o próprio conservadorismo já é insuportável para eles.

O Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com o mais selvagem dos capitalismo.

Há hoje uma nítida consciência de que os direitos humanos são necessários para se defender o ser humano da famigerada globalização.

¹⁰ J. J. Gomes Canotilho, em nota de rodapé, indica: Cf. Cruz Villalon, *Formación y evolución*, cit., p. 41. Cf. também, por último, K. Stern, Das Staatsrecht, cit., III, 1988, p. 43 e s.; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 20 e s. ..

Assim sendo, os nossos tribunais superiores deixam de cumprir a sua obrigação em favor dos brasileiros. Não é, talvez, por outro motivo, que se fala tanto nos meios jurídicos na supressão do STF por uma Corte Constitucional composta por juízes com mandato fixo e que representem melhor a sociedade civil brasileira.

Na América Latina, continente explorado e, em consequência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há Constituições melhores do que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema.

Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos.

Na Europa a situação é diferente e afirma R. Arnold que há 'uma influência cada vez mais forte de origem internacional ou supranacional sobre as suas ordens constitucionais', bem como afirma o mesmo autor: a convenção europeia de direitos do homem já deixa transparecer, enquanto tratado internacional, traços supranacionais'.

Chiti e Greco escrevem que o sistema europeu é um 'devenir' e a sua Constituição é uma Constituição em modificação ('Wandel-Verfassung').

Enfim, é tudo contrário ao que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica".

Há, não tenho dúvidas, extremismo na concepção do referido autor sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores, especialmente o Colendo Supremo Tribunal Federal, no interpretar as mensagens constitucionais. O contrário, talvez, aconteça se os fundamentos de inúmeras decisões forem assinaladas sem as paixões que o cultivo do tema proporciona, onde se encontram amplos debates sobre a extensão das diferentes facetas dos direitos fundamentais e a sua visão pelo Poder Judiciário, este transformando-se no mais aguerrido batalhador para o cumprimento das normas que os institucionalizam em nosso ordenamento jurídico.

De qualquer modo, a advertência tem sabor de determinar a abertura do debate sobre a questão, ampliando-o a altos níveis, agitando até a postura do Poder Judiciário, tendo em vista os princípios postos na Constituição Federal de 1988, especialmente quando vistos como integrando um sistema de hierarquia ou de valores atuando no corpo da Carta Magna.

4. Os direitos fundamentais na doutrina

Ricardo Lobo Torres¹¹, consciente da existência, na atualidade, no campo doutrinário, de “certa perplexidade metodológica” a respeito da teoria dos direitos fundamentais, coordenou e publicou, ultimamente, obra sobre o assunto, onde busca, por via de contribuição própria e de vários outros autores¹², despertar, ainda mais, o debate no âmbito das pesquisas desenvolvidas pela comunidade jurídica sobre o tema.

¹¹ Ricardo Lobo Torres, Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito, coordenou a obra intitulada Teoria dos direitos fundamentais, vários autores, editada pela Editora Renovar, em 1999.

¹² Os autores e os artigos que compõem a referida obra são os seguintes:

1) Celso de Albuquerque Mello (“O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”), Professor de Direito Internacional Público nas Faculdades de Direito da PUC/Rio, UERJ, UGF e UNIG e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Autor dos seguintes livros, entre outros: Direito constitucional internacional, Rio de Janeiro: Renovar, 1994; Direitos humanos e conflitos armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; Curso de direito internacional público, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

2) Daniel Sarmento (“Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”), Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ.

3) Márcio Monteiro Reis (“Moral e Direito. A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin”) - Mestrando em Direito Público -UERJ.

4) Gustavo Amaral (“Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes”), Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ.

5) Maurício Andreiulo Rodrigues (“Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição”), Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público -UERJ.

6) Ricardo Almeida Ribeiro da Silva (“A crítica comunitária ao liberalismo”), Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público -UERJ.

7) Ricardo Lobo Torres (“A cidadania multidimensional na era dos direitos”), Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Autor de A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, Rio de Janeiro, Renovar, 1991; Normas de interpretação e integração do direito tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1994; Os Direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

8) Teresa Negreiros (A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios), Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC/Rio e Doutoranda em Direito Civil - UERJ. Autora de: Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

9) Vicente de Paulo Barreto (Bioética, biodireito e direitos humanos), Professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UERJ e no Programa de Pós-Graduação

A referida publicação, pela importância que ela representa na atual estágio doutrinário sobre o assunto, merece ser destacada e analisada em todos os aspectos abordados, especialmente, nos pronunciamentos representativos de uma visão evoluída da teoria dos direitos fundamentais, como via essencial para fazer crescer o respeito, por todos os segmentos dos agentes políticos condutores do Estado e da população que o forma, aos valores da cidadania.

Ao fazer a apresentação do livro supramencionado, Ricardo Lobo Torres chama a atenção para a já consagrada afirmação e advertência de Norberto Bobbio de que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto a justificá-los, mas o de protegê-los”(A era dos direitos, São Paulo, Ed. Campus, 1992, p. 24).

A seguir, após fazer referências a outros autores que pensam diferentemente do pregado por Bobbio, isto é, que pensam ser mais urgente redefinir os direitos fundamentais, observa o fato de que é alarmante, no Brasil, “o déficit teórico” a respeito de estudo vinculado aos direitos fundamentais, não obstante, a partir dos anos 70, a Europa e os Estados Unidos terem começado com movimentos para suprir essa ausência doutrinária sobre tão importante entidade jurídica protetora da cidadania.

Certo tenho que, embora seja essencial a permanente abordagem cultural jurídica relativa aos problemas da teoria dos direitos fundamentais, para o aperfeiçoamento contemporâneo das linhas positivas que os regem, a realidade brasileira demonstra, com os acontecimentos presentes na vida social, econômica e política do País, que a afirmação de Norberto Bobbio tem valor de conteúdo mais aproximado com a real situação vivenciada, a exigir que se forme uma consciência nacional da necessidade de proteger os direitos do homem, sob pena de as gerações futuras serem surpreendidas com regimes democráticos falsos ou, apenas, representados por rótulos.

O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios procurados pelos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-los compreensíveis pelas variadas camadas sociais. Estas, por outro ângulo, devem ser incentivadas a fazer uso dos direitos que as

em Filosofia da UGF; Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Pans X; Diretor do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização - PIDIG. Autor de Ideologia política, Rio de Janeiro, Zahar, 1978; Primórdios do liberalismo, Brasília, UNB, 1984; Evolução do Pensamento Político Brasileiro, Belo Horizonte, Itatiaia, 1989.

protegem em frente ao Estado, aos grupos organizados e às maiorias personalizadas ou não.

Não se ignora que os antigos conceitos de democracia, as velhas estruturas teóricas que a formam e a sustentam, com ou sem adjetivações, não servem, em vários dos seus aspectos, para serem aplicados aos problemas que o Estado está enfrentando com o cidadão, na era contemporânea, por não expressarem soluções concretas produtoras de êxito de paz social, de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho, da saúde, da educação e proteção da criança, do adolescente e do meio ambiente.

As transformações impostas à humanidade pelos fenômenos presentes no final do século XX e os que, com certeza, estão sendo esperados que aconteçam no início deste Século , conduzem a ciência política, em harmonia com a jurídica, a um posicionamento investigativo que resulte em respostas atuais a perguntas como: Qual o retrato da democracia desejada pelo cidadão neste final de Século? É fundamental diminuir a influência do Estado na construção de uma nova concepção sobre as estruturas de um novo regime democrático, atendendo-se, de forma preferencial, aos anseios da cidadania? É essencial para o futuro da nação brasileira esse tipo de preocupação? Há uma definição universal de democracia a ser seguida, adaptando-se, apenas, aos nossos costumes, aos nossos ideais e às nossas necessidades globais? É possível a sobrevivência de um regime democrático sem respeito integral aos direitos fundamentais do cidadão, especialmente os direitos humanos? O atual padrão de conduta dos agentes políticos, em todos os três níveis de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) está coerente com os princípios formadores do regime democrático desejado e cultivado pela Nação? É de influência grave ou sem influência para o fortalecimento do Estado a desilusão do cidadão com a democracia praticada no Brasil? Qual o retorno, no referente à formação de uma consciência política sólida e democrática, do esforço de alertar as novas gerações sobre tais questões que preocupam a sociedade de hoje?

As respostas a essas indagações não podem ser oferecidas sem uma análise aprofundada dos fenômenos atuais vivenciados pelo meio social e que se ligam, de uma forma ou de outra, aos posicionamentos a serem assumidos.

Paulo Bonavides, em sua obra Curso de direito constitucional ,6ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., dedica o Capítulo 16, dividido em 10 partes, ao estudo da teoria dos direitos fundamentais. Na busca de

caracterizá-lo, conceituá-lo e definir a sua natureza e sua concepção universal, destaca o que denominou “uso promíscuo”, por as “expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente¹³”.

A seguir, o mesmo autor, após fazer referências às idéias de Konrad Hesse¹⁴ e Carl Schmitt¹⁵, caracteriza e conceitua os direitos fundamentais do modo seguinte:

“Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele¹⁶, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: ‘numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável’.

Corresponde, assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam ‘segundo o critério da lei’ ou ‘dentro dos limites legais’. De tal modo que – prossegue Schmitt

¹³ “Afirma Paulo Bonavides, na p. 514 da obra citada: “Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

¹⁴ Paulo Bonavides registra que Konrad Hesse, em sua obra *Grundrechte*, in *Staatslexikon*, Herausgeben von Goeresgesellschaft, BD.2.7. Auflage, 1986, compreende os direitos fundamentais como almejando a criação e a manutenção de pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Aponta, ainda, a obra citada do autor como sendo um dos clássicos do direito público alemão. Esclarece, também, que “ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. Afirma que esse entendimento, do mesmo autor, está em outra obra de sua autoria intitulada *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13, Ergaenzte Auflage, Heidelberg, 1982.

¹⁵ Esclarece Paulo Bonavides que Carl Schmitt, com relação aos direitos fundamentais, “estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”. Em nota de rodapé, faz referência ao livro do autor denominado “*Verfassungslehre, Unveränderter Neudruck*, 1954, Berlin, p. 163-73.

¹⁶ O autor está fazendo referência ao pensamento de Carl Schmitt.

noutro lugar da Teoria da Constituição – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Coutmy com Jellinek ao começo deste século. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali 'direitos naturais, inalienáveis e sagrados', direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

O fim de toda comunhão política não podia ser outro senão conservá-los, rezava o célebre texto. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: 'Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações¹⁷'.

A visão moderna de Paulo Bonavides sobre direitos fundamentais abrange, pela amplitude da conceituação defendida, o que

¹⁷ O autor, em nota de rodapé, registra que referida frase está na obra de Émile Boutmy, *La Déclaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek*, in *Études politiques*, Paris, 1907, p. 139-40.

Celso de Mello afirmou, ao interpretar o § 2º do art. 5º da Constituição Federal¹⁸:

“Não se pode estudar o Direito sem se conhecer a sociedade que ele vai reger. Ele tem um curto grau de autonomia em relação a infraestrutura e é esta autonomia que pretendemos utilizar para a defesa dos direitos humanos.

O Direito tem sofrido profundas transformações no mundo de hoje. Hespanha escreve um texto que me parece notável e que merece ser reproduzido apesar de extenso:

‘Se olharmos desmistificadamente o fenômeno legislativo dos nossos dias, a primeira constatação é a de que a lei serve funções muito diversas, algumas das quais nada têm a ver com as clássicas funções regulativas. Muito freqüentemente a lei é utilizada para enunciar de forma solene e propagandística as intenções do poder, um pouco independentemente de tais intenções serem realmente praticáveis ou de o poder tencionar levá-las à prática. Este ‘uso simbólico’ da lei não é, evidentemente, de hoje, mas verifica-se muito mais freqüentemente na atualidade, tanto nos regimes autoritários, como nos democráticos-parlamentares. Nos primeiros, a estatuição legal de certos princípios (por exemplo, a garantia dos direitos individuais) constitui a cobertura, interna e externa da sua violação prática. Nos segundos o valor simbólico da lei é diversamente utilizado: serve para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo, para anunciar solenemente intenções e captar votos para satisfazer clientelas ou gerir combinações políticas. Em qualquer dos casos, a lei funciona, aqui, não como um mecanismo diretamente regulativo mas como um instrumento persuasivo ou simbólico, afetando o nosso comportamento, não tanto pela ameaça de sanções, como pela carga simbólica de que é portadora. A forma lei sofreu uma mutação funcional, tornando-se num substituto do programa eleitoral ou de governo ou da plataforma política’.

Sob a capa da lei, está a fazer-se outra coisa, que é entendida doutra forma.

A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformar em realidade e não permanecer por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas. No Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas e legislação que conduzam a uma

¹⁸ Celso de Albuquerque Mello, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, trabalho integrante da obra Teoria dos direitos fundamentais, coordenação de Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, p. 1 a 33.

distribuição de renda e isto deve ser da responsabilidade de todos os brasileiros e acima de tudo dos três poderes do Estado”.

No contexto de tais afirmações doutrinárias cabe o desenvolvimento de um processo de revisitação ao lembrado por J. J. Gomes Canotilho¹⁹, no sentido de que “Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.

Em seqüência, enfatiza o eminente constitucionalista lusitano supra referido, tendo em consideração a Carta Magna de Portugal, que:

“Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática. Qualquer que seja a compreensão que se queira atribuir ao princípio democrático, parece inequívoco que:

(1) o exercício democrático do poder significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48.º e 112.º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) o exercício democrático do poder implica participação livre, pelo que pressupõe importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) o exercício democrático significa abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais (cfr. *infra*, Parte 1, Cap. 3.º), constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2.º). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático: (1) pressupondo a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia; (2) os direitos fundamentais, como direitos subjectivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático; (3) como direitos legitimadores de um domínio democrático, os direitos fundamentais asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral, etc.); (4) como direitos subjectivos a prestações sociais, económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem a força dirigente para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos. Neste sentido se compreende que a Constituição de 1976 se refira a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais (cfr. art. 2.º)”.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, Coimbra, Livr.Almedina, 1991, p. 435.

Assume relevante importância, no patamar a que chegaram as investigações doutrinárias acima registradas, as observações de Canotilho, pág. 507 da obra já mencionada, a respeito da importância que deve ter para o cidadão a constitucionalização e fundamentalização (expressões por ele adotadas) dos direitos fundamentais. São suas as seguintes mensagens:

“De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, <os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Frundrechtsnormen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon²⁰: <onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios>. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”.

Reconhece-se, o que não divirjo, como constante a preocupação da doutrina com as variadas teorias dos direitos fundamentais, bem como com determinadas incompreensões sobre a aplicação dos seus efeitos, tendo em vista a norma concreta. Celso Albuquerque de Mello chega ao extremo de afirmar que:

“O propósito do disposto no parágrafo § 2º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no D. Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma

²⁰ J. J. Gomes Canotilho, em nota de rodapé, indica: Cf. Cruz Villalon, *Formación y evolución*, cit., p. 41. Cf. também, por último, K. Stern, *Das Staatsrecht*, cit., III, 1988, p. 43 e s.; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 20 e s. ..

Constituição cidadã e os nossos tribunais superiores transformaram em uma Constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás, vez que o próprio conservadorismo já é insuportável para eles.

O Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com o mais selvagem dos capitalismo.

Há hoje uma nítida consciência de que os direitos humanos são necessários para se defender o ser humano da famigerada globalização. Assim sendo, os nossos tribunais superiores deixam de cumprir a sua obrigação em favor dos brasileiros. Não é, talvez, por outro motivo, que se fala tanto nos meios jurídicos na supressão do STF por uma Corte Constitucional composta por juízes com mandato fixo e que representem melhor a sociedade civil brasileira.

Na América Latina, continente explorado e, em consequência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há Constituições melhores do que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema.

Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos.

Na Europa a situação é diferente e afirma R. Arnold que há 'uma influência cada vez mais forte de origem internacional ou supranacional sobre as suas ordens constitucionais', bem como afirma o mesmo autor: a convenção europeia de direitos do homem já deixa transparecer, enquanto tratado internacional, traços supranacionais'.

Chiti e Greco escrevem que o sistema europeu é um 'devenir' e a sua Constituição é uma Constituição em modificação ('Wandel-Verfassung').

Enfim, é tudo contrário ao que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica".

Há, não tenho dúvidas, extremismo na concepção do referido autor sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores, especialmente o Colendo Supremo Tribunal Federal, no interpretar as mensagens constitucionais. O contrário, talvez, aconteça se os fundamentos de inúmeras decisões forem assinaladas sem as paixões que o cultivo do tema proporciona, onde se encontram amplos debates sobre a extensão

das diferentes facetas dos direitos fundamentais e a sua visão pelo Poder Judiciário, este transformando-se no mais aguerrido batalhador para o cumprimento das normas que os institucionalizam em nosso ordenamento jurídico.

De qualquer modo, a advertência tem sabor de determinar a abertura do debate sobre a questão, ampliando-o a altos níveis, agitando até a postura do Poder Judiciário, tendo em vista os princípios postos na Constituição Federal de 1988, especialmente quando vistos como integrando um sistema de hierarquia ou de valores atuando no corpo da Carta Magna.

5. As teorias modernas sobre direitos fundamentais

J. J. Gomes Canotilho, na obra já tantas vezes citada, buscando construir, com métodos científicos, um sentido e forma dos direitos fundamentais, apresenta reflexões sobre as teorias já existentes a respeito. Ultima as suas meditações sobre o tema com a seguinte afirmação :“torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico”²¹.

Identifica, na doutrina vigente, as seguintes:

- a) teoria liberal;
- b) teoria da ordem de valores;
- c) teoria Social;
- d) teoria institucional;
- e) teoria democrática funcional;
- f) teoria socialista dos direitos fundamentais.

A teoria liberal apresenta as seguintes características: “1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa; 2) os direitos

²¹ J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, 5. ed., Coimbra, Livr. Almedina, p. 523.

fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências, entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; 3) os direitos fundamentais apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado; 4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efetivação, ficariam fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; 5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, Freiheit in se e não Freiheit um zu, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo)”²².

A teoria da ordem dos valores, segundo Canotilho, considera os direitos fundamentais como sendo “valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas”.

A estrutura da referida teoria está formada, essencialmente, por considerar os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões objetivas²³.

A teoria institucional apresenta linha aproximada da teoria da ordem dos valores. Ela, também, nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva, na expressão de Canotilho. A diferença está, segundo o referido autor, no fato de que “A teoria

²² J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, cit., p. 516-517.

²³ J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, cit., p. 517, anota a respeito que: “Concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas (Anspruchssystem), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos; (2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objetiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) conseqüentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceitos por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se suscetíveis de controle jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objetiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a eficácia ótima de que se falou atrás.

institucional, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objetiva, jusnaturalística espírito-cultural ou fenomenologicamente captada -, mas sim o quadro (instituição) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais”²⁴.

A teoria social, conforme entendimento de Canotilho, visualiza os direitos fundamentais em três dimensões: a dimensão individual, a dimensão institucional e a dimensão processual. Considera a liberdade como sendo uma dimensão social, sem deixar, contudo, de reconhecer a dimensão subjetiva nela presente²⁵.

Na teoria democrática funcional “acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático”²⁶. Segundo o mencionado autor, ela determina uma “despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece”, conduzindo a “institutos censuráveis como os de perda ou suspensão dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva, tal como se consagra no art. 18 da

²⁴ Canotilho, Direito constitucional, cit., p. 518, examinando a teoria institucional, entendeu que da sua aceitação resultam vários corolários, a saber: “(1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito uma instituição e sendo condicionados pela idéia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa idéia; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, então os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa relação de condicionalidade, donde resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de ponderação de bens; (3) conseqüentemente, se todo o direito está numa relação de valor com outros bens, fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter – individual e institucional – que explicará o fato de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional”.

²⁵ Canotilho, ao estudar a referida teoria(Direito constitucional. cit., p. 519-520), após considerar o avanço positivo da teoria social, entende que esta deixou alguns pontos obscuros, quais sejam: “(1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos, ou serão antes cavalos de Tróia na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente; (2) haverá efetivamente direitos de quota-parte dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração? ; (3) quais as garantias efetivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente direitos dependentes à medida das prestações do Estado? ”

²⁶ Canotilho, Direito constitucional,cit., p. 520.

Constituição de Bona (ex.: uso não conforme ao pretenso princípio democrático)”).

Por fim, tem-se a teoria socialista dos direitos fundamentais que é considerada por Canotilho como tendo a pretensão de adotar uma “concepção originária dos direitos fundamentais que implicaria uma ruptura com as concepções liberais; não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais, só plenamente logrado numa sociedade socialista”²⁷.

Paulo Bonavides, ao examinar a teoria dos direitos fundamentais, chegou à conclusão de que tais direitos podem ser classificados de acordo com a ordem seguinte:

direitos fundamentais da primeira geração (dominaram o século XIX): os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos, os que têm por titular o indivíduo e que são oponíveis ao Estado. Isto é, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado;

direitos fundamentais da segunda geração (dominam o século XX): os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos;

direitos fundamentais da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade;

²⁷ Canotilho (Direito constitucional, cit., págs. 520/521), ao estudar a teoria socialista dos direitos fundamentais, observou que ela encara uma concepção socialista dos direitos fundamentais, opondo-se à chamada concepção burguesa. Ela parte do entendimento de que “o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das ações políticas e do próprio direito”, tendo uma “essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só se consiga transformar em homem total através de uma nova sociedade”. Com base nesses postulados, Canotilho afirma: “A partir daqui a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera ficção a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação, na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o direito mãe dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de garantias materiais concretas necessárias a sua efetivação; (d) o compromisso ativo e a participação na criação das condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a unidade dos direitos e deveres dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre desabrochar dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”.

direitos fundamentais da quarta geração: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo²⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet, em *A Eficácia dos direitos fundamentais* (Livr. do Advogado Ed., 1998), preferiu classificar os direitos fundamentais em: direitos fundamentais da primeira dimensão (direitos à vida, à liberdade – liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc. -, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, de algumas garantias processuais - devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) os chamados direitos civis e políticos, conforme lembra Paulo Bonavides; direitos fundamentais da segunda dimensão (os direitos econômicos, sociais e culturais – assistência social, saúde, educação, trabalho etc.); direitos fundamentais da terceira dimensão (os direitos de solidariedade e fraternidade ; os que protegem os grupos humanos - família, povo, nação; direitos de titularidade difusa ou coletiva, direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e direito de comunicação).

O autor em destaque questiona a existência, na época contemporânea, de um direito de quarta dimensão. Reconhece que há tendência para a afirmação da sua existência, não obstante louvar o posicionamento de Paulo Bonavides que aceita a configuração desse tipo de direito fundamental. Tais direitos são, segundo a corrente defendida por Paulo Bonavides, o direito à democracia e à informação, assim como o direito ao pluralismo, à manipulação genética, mudança de sexo, etc.

A objeção apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet tem o seguinte conteúdo:

“Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão ‘compendiam o futuro da cidadania

²⁸ Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de direito constitucional*, 6ª. ed., já citada, p. 516-526, detalha a origem, desenvolvimento e caracterização dos direitos fundamentais de acordo com a classificação acima expressada.

e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política²⁹”.

O debate doutrinário sobre a teoria dos direitos fundamentais não tem limites. O que de positivo surge nessas investigações é a preocupação das ciências jurídica e política na busca da fixação de postulados que consagrem os direitos fundamentais do homem de acordo com as realidades por ele vivenciadas, na época atual, no ambiente social.

Não se pode deixar sem averiguação o fato de que o culto aos direitos fundamentais contribui para o fortalecimento da democracia. Não se desconhece a inquietude hoje reinante em todos os segmentos políticos e jurídicos a respeito da perspectiva democrática para este século.

Essa preocupação alcança nível internacional, pelo que há encontros e congressos com o fim específico de ser debatido o retrato da democracia vivida, atualmente, pelas nações e quais os pontos merecedores de preocupação para o seu aperfeiçoamento quanto à sua aplicação em um futuro bem próximo.

Há de se emprestar relevo ao momento especial que a América Latina está presenciando, com mudanças nos poderes da Venezuela e direta ameaça nas instituições da Colômbia. Outrossim, uma concepção democrática de largo alcance não pode deixar de ter envolvimento com questões relativas à “mídia e os direitos humanos, o papel dos partidos políticos e do sistema representativo e do preparo dos jovens e adolescentes para o pleno exercício democrático³⁰”.

Não se pode analisar a evolução da teoria dos direitos fundamentais sem fazer referência ao que Jorge Miranda escreveu a respeito, no corpo de artigo intitulado “O homem e o Estado – direitos do homem e democracia”³¹. Eis o seu pronunciamento:

“Direitos do homem (ou direitos fundamentais, como, em nível interno, parece hoje preferível dizer) são direitos da pessoa só por ser pessoa, ou do membro da comunidade política, do cidadão, só por o ser;

²⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais”, Livr. do Advogado Ed., p. 53. Nota de rodapé cita Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, p. 526.

³⁰ Observações feitas por Guilherme Piernes e Ana Maria Albuquerque, em reportagem publicada na Gazeta Mercantil de 8 de setembro de 19, sob o título “Debate internacional sobre democracia”.

³¹ Jorge Miranda, Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa, “O homem e o Estado – direitos do homem e democracia”, artigo publicado na Revista Interesse Público, n. 1, 1999, Editora Notadez, p.. 79-80.

são direitos universais. E sabe-se que assim só surgiram a partir do constitucionalismo liberal, a partir das Revoluções americana e francesa. Não os conheceram a época medieval, com a fragmentação do poder e a atribuição de prerrogativas, imunidades, privilégios correspondentes aos grupos em que as pessoas se inseriam, nem as organizações tribais de diversas partes do mundo, que subsistiram até há pouco.

Direitos fundamentais implicam o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, diferente da do Estado, ou, de outras perspectivas, a distinção Estado-poder e Estado-comunidade, a separação entre Estado e sociedade, a não-identificação de autoridade e liberdade. O Estado absoluto não os podia conceber, mas, sobretudo, eles atravessaram as mais graves vicissitudes e chegaram a ser negados ou desprezados, na teoria ou na prática pelos Estados totalitários, ditos de direita ou de esquerda, do século XX”.

Mais adiante, observa o insigne constitucionalista português, que “Não basta, pois, para que haja ou para que sejam garantidos direitos fundamentais que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda. Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre o sistema de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle”.

Esse regime político capaz de colocar o homem como sendo o centro de todas as suas atenções, garantindo-lhe o gozo dos direitos fundamentais (os de todas as gerações, isto é, os de primeira, segunda, terceira e quarta), só pode ser o democrático, por considerar a guarda da liberdade como o seu limite de atuar.

Importante assinalar que a busca do conceito dos direitos fundamentais assume considerável importância para que eles passem a ser compreendidos como sendo essenciais ao regime democrático.

Há, contudo, que se compreender que, não obstante o esforço da ciência jurídica, não existe, na atualidade, um conceito uniforme sobre direitos fundamentais. No particular, José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de direito constitucional positivo”, p. 174, anota que “A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta

essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

Após tais observações, José Afonso da Silva escolhe a expressão “direitos fundamentais do homem” como sendo a mais adequada, porque, “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”³².

No trato do tema “teoria dos direitos fundamentais”, José Afonso da Silva identifica, em seu âmbito, os seguintes caracteres:

“(1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial, e a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”³³.

³² José Afonso da Silva, in “Curso de direito constitucional positivo”, 14^a, ed., São Paulo, Malheiros Ed., p.177..

³³ José Afonso da Silva, Curso, cit., p. 179-180.

Alexandre de Moraes, na obra de sua autoria Direitos humanos e fundamentais, São Paulo, Atlas, p. 41, entende que os direitos fundamentais apresentam outras características além das acima referidas. Acrescenta, portanto, as seguintes:

“inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interseções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte”.

Como observado, há muito, ainda, que ser construído a respeito da fixação de uma teoria sobre direitos fundamentais.

O que se tem como absolutamente certo, não obstante as reflexões não uniformes sobre a conceituação e caracterização dos direitos fundamentais, no campo da doutrina, é que “A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa” (Juarez de Freitas, ao prefaciar a obra Eficácia dos direitos fundamentais, de Ingo Wolfgang Sarlet, Livr. do Advogado Ed.).

6. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais apresentam-se, no texto da Constituição Federal, divididos em cinco grupos, conforme anotação de José Afonso da Silva³⁴:

- “(1) direitos individuais (art. 5º);
- (2) direitos coletivos (art. 5º);
- (3) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.);
- (4) direitos à nacionalidade (art. 12);
- (5) direitos políticos (arts. 14 a 17)”.

Com base na doutrina e na jurisprudência, podem ser elencados no atual momento do nosso ordenamento jurídico, os seguintes direitos fundamentais aplicados ao cidadão:

- 1) direito à vida, inclusive a uterina;
- 2) direito à saúde;
- 3) direito ao meio ambiente;
- 4) direito à igualdade;
- 5) direito ao gozo do princípio da legalidade;
- 6) direito a não ser torturado nem submetido a tratamento desumano ou degradante;
- 7) direito à liberdade de pensamento;
- 8) direito de proteção à imagem;
- 9) direito de resposta;

³⁴ Curso, cit., p. pág. 181.

- 10) direito a ter crença ou de convicção filosófica ou política;
- 11) direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- 12) direito ao gozo da intimidade, da vida privada e da honra;
- 13) direito à privacidade dos dados bancários e fiscais, salvo as exceções legais;
- 14) direito à inviolabilidade domiciliar;
- 15) direito ao sigilo de correspondência e de comunicação;
- 16) direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão;
- 17) direito à liberdade de informação;
- 18) direito à liberdade de locomoção;
- 19) direito de reunião pacífica;
- 20) direito pleno de associação;
- 21) direito de uso, gozo e disposição da propriedade, desde que em harmonia com os fins sociais;
- 22) direito a indenização da propriedade quando requisitada por motivos de guerra ou iminente perigo público;
- 23) direito à proteção pelo Estado da pequena propriedade rural;
- 24) direito à propriedade imaterial;
- 25) direito ao gozo dos frutos produzidos pelas invenções;
- 26) direito ao uso das marcas de indústria e de comércio e de serviço e das expressões ou sinais de propaganda;
- 27) direito de herança;
- 28) direito do cônjuge ou dos filhos brasileiros à sucessão de bens de estrangeiros situados no país;

- 29) direito do consumidor a ser protegido pelo Estado;
- 30) direito à obtenção de certidão;
- 31) direito à petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- 32) direito de acesso ao Poder Judiciário para solução de litígios;
- 33) direito a que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- 34) direito a julgamento por juiz natural;
- 35) direito a não ser punido por crime sem lei anterior que o defina, e a não receber pena sem prévia cominação legal;
- 36) direito a que lei não retroaja, salvo para beneficiar o réu;
- 37) direito a que direitos fundamentais não sejam discriminados;
- 38) direito do racismo ser combatido;
- 39) direito a ver aplicado o princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena decorrente de delito penal;
- 40) direito à inexistência de penas de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis;
- 41) direito a, em caso de condenação, cumprir pena com respeito aos direitos humanos;
- 42) direito a não ser extraditado;
- 43) direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
- 44) direito a gozar do princípio da presunção de inocência;
- 45) direito a não ser identificado criminalmente, caso já o seja civilmente, salvo nas hipóteses legais;
- 46) direito a promover ação privada nos crimes de ação pública, caso esta não seja promovida no prazo legal;

47) direito à publicidade dos atos processuais, salvo as exceções previstas em lei;

48) direito a só ser preso em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente;

49) direito a prestar fiança, nos casos legais;

50) direito a, ao ser preso, ser, de imediato, tal fato comunicado ao juiz competente e à família;

51) direito a silenciar quando acusado em ação penal;

52) direito a ver a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

53) direito a receber assistência jurídica integral, no caso de ser pobre;

54) direito a ser indenizado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

55) direito ao trabalho, à liberdade para escolha do trabalho, à igualdade de tratamento e de oportunidades no trabalho, à proteção contra a despedida arbitrária, ao aviso prévio, à fixação e proteção dos salários, à equivalência salarial, ao salário mínimo, ao descanso e lazer, à duração da jornada de trabalho, ao trabalho noturno com jornada reduzida e salário superior, ao repouso semanal remunerado, a férias, à proteção à maternidade, ao salário-família, à proteção ao trabalho do menor, ao fundo de garantia por tempo de serviço, à liberdade sindical, a fazer greve de acordo com a lei, a indenização por acidente de trabalho, a receber prestação por insalubridade e periculosidade no trabalho, à formação e orientação profissional, à previdência social, aos serviços sociais, a integrar comissões paritárias e de integração na vida da empresa, a ter os conflitos trabalhistas julgados pela Justiça do Trabalho;

56) direito a ver a sua dignidade humana respeitada;

57) direito a que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata.

7. A importância dos direitos fundamentais. Conclusão

Há unanimidade no entendimento dos doutrinadores de que, no direito contemporâneo, nenhum tema é mais importante do que o vinculado ao exame dos direitos fundamentais, haja vista a importância que ele assume para a instituição de um novo modelo democrático.

Lembrada é, constantemente, a regra do art. 16 da Declaração de 1789 feita pelos americanos: "Não tem Constituição a sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos (fundamentais), nem determinada a separação dos poderes".

No Brasil, os direitos fundamentais foram expressamente consagrados na Carta Magna de 1988. Esse Documento Maior enumera no art. 5º mais de setenta e seis direitos fundamentais; seis no art. 6º; outros no art. 150, no art. 225 (meio ambiente), no art. 220 (comunicação social). Tem-se enumeração expressa de direitos fundamentais em número três vezes mais do que o contido na Carta de 1967, c/c a EC. n. 1/69, cinco vezes mais do que a Constituição da Alemanha.

Esse grande número de direitos fundamentais definidos na Carta Magna conduz o jurista a enfrentar dificuldades na sua interpretação. Tais problemas, contudo, não devem servir de caminhos a serem utilizados para uma tentativa de diminuir o alcance interpretativo dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna e outros existentes implicitamente. O que o jurista deve é conscientizar-se da riqueza do tema e de que o seu aperfeiçoamento é absolutamente necessário para a consolidação de uma democracia participativa e voltada para atender aos anseios da cidadania.

É de ser sempre lembrado o que Norberto Bobbio asseverou, na obra A era dos direitos, traduzida por Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 18, que "o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações".

Por último, impondo-se silêncio depois da citação, convém invocar Dalmo de Abreu Dallari:

“Com base no conjunto das situações e na realidade de agora pode-se dizer que os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social é imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição.

Entretanto, a sociedade brasileira está mudando, as camadas mais pobres da população estão adquirindo consciência de seus direitos e já conseguiram avançar muito no sentido de sua organização. A sociedade ultra-individualista, criada pelos colonizadores europeus e acentuada no século XX pela interferência norte-americana, está cedendo lugar a uma nova sociedade de indivíduos associados, que começam a descobrir a importância da solidariedade.

A utopia de um país de pessoas realmente livres, iguais em direitos e dignidade e com igualdade de oportunidades começou a despontar. As barreiras do egoísmo, da arrogância, da hipocrisia, da insensibilidade moral e injustiça institucional, que até hoje protegeram os privilegiados, apresentam visíveis rachaduras. Já começou a nascer o Brasil de amanhã, que por vias pacíficas deverá transformar em realidade o sonho da justiça social, que muitos já ousam sonhar³⁵”.

8. A interpretação contemporânea do direito tributário e os princípios da valorização da dignidade humana e da cidadania

Constituição Federal completou, no último 05 de outubro, quinze anos de sua promulgação.

A comunidade jurídica, em vários eventos que realizou para comemorar essa data, preocupou-se em analisar qual foi o grau que atingiu a eficácia e efetividade das normas e dos princípios inseridos em nossa Carta Magna pelo constituinte originário de 1988.

Todos os estudiosos de Direito Constitucional pregam a ascensão científica e política vivida, atualmente, pelo constitucionalismo, com ênfase para a valorização da cidadania e da dignidade humana.

³⁵ Dalmo de Abreu Dallari, Professor Titular do Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “Os Direitos fundamentais na Constituição Brasileira”, artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, 1993.

O pensamento jurídico volta-se para um discurso onde o homem passa a ser visto como o centro de todas as preocupações da Ciência Jurídica, numa tentativa de tornar realidade a necessidade do Estado, em sua atuação global, dirigir todas as suas atenções para elevar ao patamar mais alto os valores que compõem a dignidade humana e a cidadania.

Os paradigmas de então já não se apresentam suficientes para impor uma interpretação da norma positivada capaz de alcançar esse desiderato, pelo que há uma revisitação de várias entidades com o objetivo de focar, bem de perto, os sentimentos e as necessidades dos componentes da Nação no referente às suas necessidades vitais e de satisfação interior.

O discurso desenvolvido pelo Direito nos últimos séculos foi dirigido para as funções do Estado. No Brasil, a Carta de 1988, por exemplo, espelha essa tendência. Impôs ao Estado a guarda dos princípios fundamentais que simbolizam o regime democrático, o zelo pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão, as regras para a sua organização e dos seus Poderes, a obrigação de se defender e do mesmo fazer com as instituições democráticas, a forma de atender às necessidades financeiras e os princípios a cumprir para garantir uma ordem econômica e financeira em harmonia com a ordem social.

A Carta Magna de 1988 é um retrato desse fenômeno. Ocorre que, após quinze anos de sua vigência, observa-se que o mais graduado princípio que ela contém, o do Estado zelar e fazer cumprir os valores componentes da dignidade humana e da cidadania não tem sido cumprido com a carga de eficácia e efetividade com que ele foi elaborado pelo constituinte, conforme dicção do seu art. 1º: " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político".

Há uma realidade vivenciada pelo Direito de hoje. Ele libertou-se do positivismo jurídico para cultivar uma valorosa e útil convivência com os princípios, especialmente, os que exigem a prática de uma ética concreta em benefício do ser humano.

Entre outros princípios que estão a influenciar uma nova visão interpretativa do Direito, desponta no Brasil o da dignidade humana.

A dignidade humana, conforme já assinalou José Afonso da Silva, é o valor supremo da democracia (Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998, p. 89).

Assim o é porque ele estimula a obrigatoriedade do Estado valorizar a liberdade e os valores do espírito, impedindo, concomitantemente, a intolerância, a exclusão social, a violência e garantindo a subsistência física, a saúde, a educação, o acesso à justiça, entre tantos outros valores paralelos.

O princípio da dignidade humana é de natureza fundamental. Tem, conseqüentemente, preferência sobre os demais princípios e disposições normativas de diferentes categorias.

A respeito, há de se ter sempre presente a valiosa lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos, registrada no trabalho "O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro", que integra a obra "A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas", vários autores, Renovar, p. 372, no sentido de que:

"O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que o princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que "a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária. De fato, tem ela servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público, a nulidade da cláusula contratual limitadora do tempo de internação

hostipalar, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos, o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV, dentre muitas outras”.

Evidentemente, há uma nova interpretação constitucional assentada em aplicar, especialmente, os princípios que têm preocupação em valorizar a dignidade do ser humano e os elementos componentes da sua cidadania.

A densidade jurídica que o princípio da dignidade humana começa a alcançar é fruto dessa nova visão que prega a necessidade de se ter, neste século XXI, o homem como o centro de todas as atenções do Estado, fato que não pode ser ignorado pelo Direito.

9. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Temos afirmado que a doutrina e a jurisprudência têm aberto espaço para revelar as suas preocupações com o fenômeno da interpretação do Direito Tributário, em face da evolução das garantias dos direitos dos contribuintes assegurados pela Carta Magna e pela legislação ordinária.

Essas garantias, direitos fundamentais que são, devem expressar, com o máximo de potencialidade, os efeitos decorrentes da dicção posta no art. 1º e incisos da Carta Magna, especialmente, a que está dirigida para a valorização da dignidade humana e da cidadania.

Todos os pensamentos, todas as teorias, todas as manifestações jurisprudenciais devem, em todos os campos do Direito, buscar inspiração na redação do mencionado dispositivo da Lei Maior: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

Há, portanto, de ser desenvolvido, no campo específico do Direito Tributário e em todos os outros ramos, o sentido de que as suas regras devem ser compreendidas como contendo objetivos centrais para, em qualquer hipótese, fazer valer a força dos princípios que homenageiam os valores máximos presentes na vida do homem: a sua

dignidade, a sua cidadania e a proteção social do trabalho e da livre iniciativa.

O século XXI está exigindo, portanto, novas reflexões da parte do intérprete tributário. Este tem, portanto, a obrigação de aumentar o seu compromisso com os aspectos axiológicos assinalados, cumprindo-lhe, como primeira operação mental, examinar se a norma está em harmonia com as diretrizes neles traçados.

Cuidando do tema, escrevemos antes³⁶:

<A construção dos elementos formadores do exercício do respeito integral à dignidade humana e a uma cidadania plena, sob a proteção do Estado, deve ser a preocupação constante dos que são responsáveis pela atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e por todo o segmento responsável pela formação da doutrina jurídica.

Para alcançar esse objetivo, o Constituinte de 1988 inseriu no corpo da Carta Maior a regra do artigo 1º, inciso II, conforme já explicitado, e, também, outras disposições a ela vinculadas, expressamente, como as do art. 5º, LXXI; 14; 22, XII; 60, § 4º ³⁷, cuja redação está posta na nota assinalada.

³⁶ Trabalho em homenagem ao Prof. Dejalma Campos, intitulado **"O FENÔMENO EVOLUTIVO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO. IDÉIAS CONTEMPORÂNEAS. A VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DA CIDADANIA"**, publicado na obra coletiva **"Dimensão Jurídica do Tributo"**, Editora Meio Jurídico.³⁶

³⁷ Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentada torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

~~(*) § 5º - São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04/06/97:

"§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente."

§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

~~(*) § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 07/06/94:

"§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;.....

É fundamental que o direito de gozo de uma cidadania integral e do respeito à dignidade humana se constituam em atenções centrais do Estado, a fim de serem fortificados os elementos componentes da Democracia. Decorre dessa força constitucional que o cidadão, por se encontrar sob o manto de um Estado democrático, não está obrigado a acatar ordem ilegal, ou a ela ficar submetido, mesmo que essa ordem tenha origem de autoridade tida como competente, mesmo que seja judicial. A ordem ilegal, por exemplo, de natureza tributária não existe, não tem conteúdo de validade e é destituída de eficácia pelo caráter de nulidade e de arbitrariedade com que ela fica revestida. Não produz, conseqüentemente, qualquer efeito.

A exigência de cumprimento de qualquer ilegalidade tributária enseja o exercício sadio, de imediato, do direito de resistência por parte do contribuinte, sem que essa atitude provoque-lhe dano de qualquer natureza. Pelo contrário. É manifestação exteriorizada de fazer valer o Estado de Direito e a plenitude do uso de todos os pilares que formam as garantias constitucionais outorgadas ao cidadão.

O conceito de cidadania não se limita à permissibilidade constitucional de ser praticado o sufrágio universal, de votar diretamente e de forma secreta, de ser votado e de participar das decisões que interessam a Nação. Não se restringe aos ditames do art. 14 da Constituição Federal. Este é, apenas, o denominado direito político que consagra a atuação da soberania popular. Na expressão de Alexandre de Moraes (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Editora Atlas, São Paulo, 2002, pg. 534) esses direitos são "direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania" (O autor anota que se inspirou em Pimenta Bueno, autor de "Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 459).

Não devemos esquecer que o tributo não é cobrado para atender os interesses e as necessidades do Estado. Ele tem destinação específica: é a de servir como instrumento concretizador da satisfação das exigências materiais e imateriais dos componentes da textura social,

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

.....
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

.....
IV – os direitos e garantias individuais.

fortalecendo, assim, a expressão da cidadania e da valorização da dignidade humana em sua conceituação mais ampla.

A cidadania e a dignidade humana são valores formados por uma série de fatos que se interligam para, desde a fase nascitura do ser humano até depois de sua morte, proteger os seus direitos fundamentais e concretizar as exigências vitais que lhe cercam.

A validação finalística do tributo é abrangente. Encontra-se obrigado ao cumprimento de todos os objetivos constitucionais, todos voltados mais para o bem-estar da sociedade do que o do próprio Estado como instituição. Essa concepção exige que se afaste o entendimento de que o Direito Tributário deva ser estudado de modo compartimentado e obedecendo, apenas, aos seus princípios específicos, quer de ordem constitucional, quer situados no campo da legislação ordinária.

O Direito Tributário há de ser visto e compreendido como inserido no campo da responsabilidade a que todas as entidades jurídicas têm, que é a de cumprir as destinações contidas na Carta Magna e na vontade popular, especialmente, as de respeitar a dignidade humana e os valores da cidadania. Estes valores, entre outros, são os objetivos fundamentais visados pela República Federativa do Brasil, constituída em um regime democrático.

Não podemos deixar sem registro, em face das idéias que estamos desenvolvendo, a magnífica lição de Miguel Caldani, presente no seu trabalho intitulado "Aportes para la comprensión jusfilosófica de los tributos", in: "Órigen, história y evolucion de los tributos", pg. 45, Anales del IV Congreso Interamericano de la Tributación, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1984, no sentido de que:

"Poucas matérias como o Direito Tributário mostram a necessidade de se compreender o mundo jurídico em sua profundidade tridimensional, que não somente se refere às normas, senão à realidade social que estas normas descrevem e integram e à justiça que hão de realizar as normas e a realidade social".

É essa realidade social contemporânea que não pode ser afastada pelo intérprete quando é chamado para analisar e desvendar o sentido de qualquer tipo de norma tributária.

A realidade social exige, por todos os ângulos em que ela seja examinada, que os direitos da cidadania e do respeito à dignidade humana sejam respeitados de modo absoluto pelo Estado. Esses direitos não ficam limitados, apenas, à proteção da liberdade e outros

expressamente definidos, mas, também, o de ser exigido do Poderes organizados que cobrem tributos em harmonia com os princípios da legalidade, da moralidade, da capacidade contributiva, da uniformidade, do não-confisco, da razoabilidade, da proporcionalidade e dos fins para os quais o Estado foi constituído, existe e funciona. Todos os princípios mencionados exigem que o tributo cobrado e recolhido aos cofres estatais tenha dois tipos de destinação: uma genérica e outra específica. Estas deverão voltar-se para o atendimento das necessidades da saúde, da educação, da segurança pública, da proteção ao meio ambiente, da cultura, do lazer, da proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos, da livre iniciativa do trabalho e da entrega de uma prestação jurisdicional com celeridade, segurança e do modo mais econômico possível.

A interpretação das normas de Direito Tributário, ao vincular-se, também, ao que determina o art. 1º, III, da Constituição Federal, deve atuar de forma integrada com os artigos 5º, XIII; 6º, 7º, 8º, 194 a 204 e 226.³⁸

³⁸ Inciso XIII, do art. 5º: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

(*) XII - ~~salário-família para os seus dependentes;~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

- "XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;"
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

~~(*) XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000:

"XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;"

~~a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;~~ **Revogado pela Emenda Constitucional nº**

28, de 25/05/2000

~~b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;~~

Revogado pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000

- XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
- XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

~~(*) XXXIII -- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;"

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Arts. 194 a 204: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

~~(*) VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados."

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

~~(*) I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;"

~~(*) II - dos trabalhadores;~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;"

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

~~(*) § 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar."

Seção II DA SAÚDE

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

(*) § 1º ~~Parágrafo único.~~ O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. **(*) Parágrafo único modificado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00:**

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00:

"§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:" (AC)

"I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;" (AC)

"II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;" (AC)

"III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º." (AC)

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00:

"§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:" (AC)

"I – os percentuais de que trata o § 2º;" (AC)

"II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;" (AC)

"III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;" (AC)

"IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União." (AC)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Seção III

DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

~~(*) Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:~~

~~I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;~~

~~II - ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;~~

~~III - proteção à maternidade, especialmente à gestante;~~

~~IV - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;~~

~~V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.~~

~~§ 1º - Qualquer pessoa poderá participar dos benefícios da previdência social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.~~

~~§ 2º - É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.~~

~~§ 3º - Todos os salários de contribuição considerados no cálculo de benefício serão corrigidos monetariamente.~~

~~§ 4º - Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.~~

~~§ 5º - Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.~~

~~§ 6º - A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.~~

~~§ 7º - A previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais.~~

~~§ 8º - É vedado subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos.~~

(*) Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei."

~~(*) Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:~~

~~I - aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;~~

~~II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;~~

~~III - após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar."

~~(*) § 1º - É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos."

~~(*) § 2º - Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana,~~

~~hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.~~

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada."

Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

"§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação."

Seção IV DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

- I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

O respeito à dignidade humana está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, Resolução n. 217^A, ao proclamar, especialmente, em seu texto, que:

“Artigo 1.º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2.º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

.....

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.”

O conceito de dignidade humana é fixado sob a influência dos princípios que consagram a cidadania. Nesta, em sua formação complexa, está inserido o direito do cidadão ter a sua dignidade respeitada, de modo absoluto, consagrando-a com raio expansivo de efetivo reconhecimento de sua proteção pelo Estado e pelos seus semelhantes. Ela exige tratamento igualitário e de dignificação dos valores espirituais e morais

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

inerentes ao ser humano. Não se resume na proteção ao direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. Tem alcance muito maior. No campo tributário, impede que a atuação fiscal e a cobrança do tributo sejam feitas para diminuir, por mínima que seja a ação praticada, a dignidade, em seu conceito maior, de cada cidadão.

O tributo há de ser, conseqüentemente, afastado quando a sua exigência , mesmo prevista em lei, busque diminuir o direito ao gozo pleno da vida privada, da intimidade completa, da honra integral e de uma imagem sem mácula, sem se falar de outros componentes diretos e indiretos da cidadania e da dignidade humana”.

10. A interpretação do direito tributário na época contemporânea

A sociedade exige e os operadores e teóricos do Direito deverão atender que a interpretação e a aplicação das normas tributárias, na época contemporânea, devem ser voltar para, também, dignificar a valorização da dignidade humana e da cidadania.

Não perdura, nos dias atuais, que a função do tributo é, somente, a de propiciar meios financeiros para que o Estado cumpra a sua missão de garantir desenvolvimento econômico, segurança, saúde, educação, lazer e fazer funcionar a máquina administrativa.

O tributo deve ser tido, também, como elemento contribuidor para o fortalecimento dos princípios democráticos. Ele, quando exigido de acordo com os princípios estruturais postos na Constituição Federal (não somente os formadores do Sistema Tributário, porém, todos os demais, especialmente, os determinadores da imperatividade da Forma Republicana de Governo, do Federalismo, do Regime Democrático, do respeito à cidadania e à valorização da dignidade humana e ao trabalho) constitui-se em fator vitalizante do Estado Democrático de Direito.

Essa visão do tributo foi colhida, de modo expressivo por Werther Botelho (Da Tributação e Sua Destinação, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pg. 35), Professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito Milton Campos e Professor Substituto de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da UFMG, de que:

“São os tributos, conforme já dito no tópico primeiro, um dos meios mais eficientes de orientar e dirigir a atividade econômica, a cargo do particular, para que e a mesma possa traduzir-se em benefícios para

todos os segmentos da sociedade. A experiência histórica do liberalismo econômico provou a imperatividade da intervenção do Estado no domínio econômico. Entretanto, esta mesma experiência, dentro do Estado Social, demonstrou a ineficiência de uma intervenção direta na economia. Com este respaldo histórico, faz-se urgente que a atividade tributante atual ultrapasse os limites meramente fiscais e se converta em um instrumento de política socioeconômica por parte do Estado”.

A conversão do atuar tributante em um instrumento de desenvolvimento político socioeconômico conduz a um estágio que valoriza as estruturas da cidadania e fortalece a dignidade humana. Há respeito do Estado pelo homem e, conseqüentemente, cumpre-se o princípio da necessidade de uma convivência social plasmada pelo bem-estar.

É retrógrada, portanto, a visão sitiada de que a exação fiscal é mecanismo dirigido, somente, para aumento de receitas.

Repito, mais um vez, Werther Botelho, ob. cit. pg. 37, para invocar o pensamento que desenvolve em inspiração vinculada à lição de Clemente Checa Gonzales, posto no artigo de sua autoria “Los impuestos con fines no fiscales”, publicado na Revista Española de Derecho Financero, Madrid, n. 40, ao afirmar que “uno de los aspectos esenciales de la actividad tributaria sea el extrafiscal, esto es, el de perseguir directamente fines diversos del fiscal, los de modificación de las condiciones económicas y sociales, los de su instrumento de planificación económica, etc.”.

Correta temos, portanto, a conclusão a que chega Werther Botelho, ob. cit., no sentido de que “tributação moderna não está mais adstrita ao orçamento fiscal, é dizer, não é simplesmente um meio de obter recursos para o Estado. Constitui, hoje, um dos principais instrumentos de repartição de riqueza e desenvolvimento econômico, tal como alertava Klaus Tipke ao comentar o sistema tributário alemão: ‘O moderno direito tributário está concebido com uma dupla finalidade, já que não se destina, exclusivamente, à obtenção de recursos. Ao mesmo tempo, procura dirigir a economia e a redistribuição de renda’”.

Werther Botelho, com os nossos aplausos, conclui, que:

“Ante o exposto, não se pode conceber o Estado Democrático de Direito dissociado de uma tributação com finalidades amplas, extrafiscais, que não se resumam na mera fiscalidade”.

Esses posicionamentos conduzem a uma revisitação ao sistema interpretativo adotado para as normas tributárias, pois, visto de modo concentrado, está regulamentado pelos arts. 107 a 112 do Código Tributário Nacional.

Interpretar a lei é, na essência, buscar o valor Justiça nela contido. Esse valor Justiça, quando existente o conflito, é entregue, por provocação, ao Judiciário para emití-lo em benefício do cidadão e da solidificação do Estado.

A respeito, invocamos aplaudida meditação de Roberto Rosas que traça o perfil desse atuar de um dos Poderes do Estado. Afirma o ilustrado Doutor em Direito: " A Justiça materializa-se no processo. Para atingir essa materialização há necessidade do processo tornar-se viável aos legítimos interesses dos postulantes. Somente uma justiça dirigida ao social pode veicular esse liame entre justiça e processo, destacando-se a liberdade individual como instrumento da sociedade democrática. Sem o respeito ao individualismo não há Justiça Social. Sem permitir o acesso do indivíduo à Justiça, não há Justiça Social. Todo obstáculo ao indivíduo perante o Judiciário é frustrar a Justiça Social".

A seguir, adverte Roberto Rosas: "Se o Estado institui o Judiciário com o intento de solver os conflitos de interesses, deve, portanto, adaptá-lo ao mundo atual, modernizá-lo e compatibilizá-lo com a sociedade tecnológica e humana. Em todo esse processo social destacam-se duas posições: a do Juiz e a do advogado. Não nos devemos aficcionar com as tradicionais posições sem aproveitamento às realidades modernas. Se o jurista é, essencialmente, afeito à tradição e ao respeito às formas consolidadas, até por precaução política, não deve ficar insensível às mudanças sociais e econômicas, que convocam a classe jurídica à meditação e à evolução , ou até involução. Mauro Cappelletti lembra que a história do direito demonstra como o modo de conceber seus institutos é sempre assaz mutável. Invoca determinado instituto de direito privado em certo período histórico, que passa a direito público ('Ideologias em Derecho Procesual', in *Proceso, Ideologias, Sociedad*, p. 12 ou *Proceso e ideologie*, pg. 13). Em tema de justiça e liberdade estamos no mundo do social, e portanto na Justiça Social, sem a qual, os valores humanos desprotegidos tornam-se inermes nas mãos dos poderosos. Acentue-se que a liberdade, como esfera de autonomia para o cumprimento de atividades vitais, é corolário da dignidade moral do homem, isto é, o princípio de que o indivíduo tem um fim próprio a cumprir (Luís Recaséns Siches – *Filosofia del Derecho*, p. 494). Portanto, pertinente a invocação de Lauboulaye no paralelo Justiça-Liberdade".

Uma nova postura deve ser, conseqüentemente, adotada, em face do acima exposto, pelo intérprete no referente aos propósitos dos artigos 109 a 112, do Código Tributário Nacional, que fixam normas de interpretação e integração (artigo 108) desse ramos do direito.

São diferentes as mensagens dos dispositivos em apreço. Elas visam, contudo, a um objetivo comum: interpretar e integrar as normas de Direito Tributário quando aplicadas em cada caso concreto.

Esse cuidado do legislador tributário permite que se tenha presente observação feita por Oliveira Ascensão, em sua obra "O Direito: introdução e teoria geral", Rio de Janeiro, Renovar, 1994, pg. 304, do teor seguinte:

"A interpretação em sentido amplo é a busca, dentro do ordenamento, da regra aplicável a uma situação concreta. O intérprete terá então de passar em revista as fontes até chegar àquela ou àquelas que verossimilmente contenham regra que contemple diretamente o caso. Se a encontra, fixa-se na fonte e completa a interpretação em sentido estrito. Se não a encontra, deverá proceder à integração dessa lacuna do sistema, ou fazer interpretação enunciativa. Em todos os casos, porém, para se poder chegar à afirmação de que há ou não regra aplicável pressupõe-se a prévia interpretação (em sentido estrito) das fontes que o intérprete foi sucessivamente examinando".

Não se compatibiliza, na época contemporânea, a adoção de posicionamento, quer doutrinário, quer jurisprudencial, que pretenda seguir interpretação em sentido estrito. O adequado tratamento interpretativo, partindo da adoção dos princípios constitucionais, conduz a que seja seguido o método de sentido amplo das normas tributárias, com destaque aos aspectos determinantes de obediência integral aos ditames do respeito aos direitos humanos, especialmente, os que consagram a força da cidadania e da dignidade humana, ao lado dos demais valores que compõem o quadro fundamental protetor do ser social.

A interpretação conclusiva das normas reguladoras da exação fiscal não alcançará o patamar de efetividade e de eficácia se não passar por processo de desenvolvimento situado em campo formado por regras que estão postas, primeiramente, na Constituição Federal como um todo e, seqüencialmente, no Código Civil, no Código Comercial, no Código de Processo Civil, nos Tratados e Convenções Internacionais, no Direito Administrativo e, especialmente, no próprio Direito Tributário.

A missão do decifrador do conteúdo da mensagem legislativa consiste em, trabalhando com os ramos do Direito suso mencionados , no

que lhe interessa para o cumprimento de sua missão, afastar as ambigüidades, as insuficiências, os desvios e as redundâncias das regras normativas que dão apoio ao pretendido sistema interpretativo e integrativo posto no Código Tributário Nacional. Assim o fazendo, aproxima-se de interpretar a lei de modo harmônico com os princípios contemporâneos voltados para a consecução de altos padrões fortalecedores da dignidade humana e da cidadania.

A correção de uma norma, ao ser feita pelo aplicador do Direito, visa adequá-la aos anseios da sociedade jurídica. A atuação para alcançar esse objetivo desenvolve-se em linha de organização administrativa e judicial. Qualquer que seja o ambiente, só serão corrigidos com sucesso os equívocos da norma tributária, por exemplo, se afastadas forem as antinomias nela existentes, os conflitos entre os princípios a que ela está subordinada. A identificação dessa insuficiência normativa, quando tratada com eficiência, concretiza a verdadeira vontade do legislador.

11. A arquitetura adotada pelo CTN para interpretar as normas que lhe dizem respeito

O legislador dispõe, no art. 107, que a legislação tributária será interpretada conforme as regras postas no Capítulo IV, do Livro Segundo, Título I, do Código Tributário Nacional. O mencionado capítulo está intitulado: INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA; É composto pelos 107 a 112. Esses normativos são completados pela disposição do artigo 118, também, do CTN.

Essas disposições expressas sobre como interpretar e integrar a legislação tributária, quando confrontadas com o Direito Comparado, revestem-se de peculiaridades, em face de não se identificar, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, igual comportamento, isto é, regras específicas destinadas a orientar a interpretação do Direito positivado.

O legislador brasileiro não seguiu, por exemplo, inspiração do Direito Romano. Este, em muitas de suas determinações disciplinadoras das relações jurídicas, ditou, de modo geral, proibições expressas do Direito ser interpretado por quem tinha a incumbência de aplicá-los e, até mesmo, pela doutrina.

Essa concepção tinha sua base no sentimento de que a lei era de origem sagrada, divina, portanto, com características de imutabilidade.

Fustel De Coulanges (A Cidade Antiga, Editora Martin Claret, São Paulo, 2002, pgs. 208/211) lembra, a respeito, que:

“Os antigos afirmavam que suas leis tinham-lhes vindo dos deuses. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemônios acreditavam que seu legislador não fosse Licurgo, mas Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito a lei que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tages. Em todas estas tradições existe algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, não fôra o homem, mas a crença religiosa que este trazia em si.

As leis, durante muito tempo, foram coisa sagrada. Mesmo na época em que se passou a admitir que a vontade de um homem, ou o sufrágio de um povo, resultar em lei, ainda era indispensável consultar a religião, e que esta, pelo menos consentisse. Em Roma não se acreditava que a unanimidade de sufrágio fosse o bastante para promulgar uma lei; era necessário que a decisão do povo fosse aprovada pelos pontífices, e que os áugures atestassem o favor dos deuses à lei proposta. Certa vez, os tribunos da plebe queriam fazer aceitar pela assembléia das tribos uma lei, quando um patrício lhes indagou: ‘Que direito tendes vós de fazer uma nova lei ou de alterar as já existentes? Vós que não tendes auspícios, vós que nas vossas assembléias não cumpris os atos religiosos, que tendes de comum com a religião e todas as coisas sagradas, entre as quais se deve contar a lei?’

Por isso podemos julgar o respeito e o apego às leis sentidos pelos antigos. Não viam nelas obra humana. Sua origem era sagrada. Não é afirmação vã a de Platão, de que obedecer às leis é obedecer aos deuses. Platão apenas dá-nos a conhecer o pensamento grego, quando, no Crítón, nos mostra Sócrates entregando sua vida porque as leis assim o exigem. Antes de Sócrates, já se escrevera sobre o rochedo das Termópilas: ‘Viandante, vai dizer a Esparta que alguém morreu aqui para obedecer às suas leis’. Entre os antigos, a lei foi sempre santa; no tempo da realeza, era a rainha dos reis; no tempo das repúblicas foi rainha dos povos. Desobedecer-lhe seria cometer sacrilégio.

Em princípio, por ser divina, a lei era imutável. Devemos notar que nunca se revogavam as leis. Podiam se fazer leis novas, mas as antigas subsistiam sempre, por mais contradição que houvesse. O Código de Drácon não foi revogado pelo de Sólon; nem as Leis Reais pela das Doze Tábuas. A pedra onde se gravava a lei era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos julgavam poder interpretá-la a seu modo. Esse princípio foi a principal causa da grande confusão que se nota no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas, e todas

deviam ser igualmente respeitadas. Encontramos, em discurso de Iseu, dois homens disputando uma herança, e ambos alegando ter uma lei a seu favor; as duas leis são absolutamente contrárias e igualmente sagradas. Com isso, o Código de Manu conserva a lei antiga que estabelece o direito de primogenitura, colocando a par desta outra lei que preconiza a partilha igual entre irmãos.

A lei antiga nunca teve considerandos. Por que precisaria ela tê-los? Não necessitava explicar as razões: existia porque os deuses a fizeram. A lei não se discute, impõe-se; não representa trabalho da autoridade; os homens obedecem-na por ser divina.

Durante longas gerações as leis não foram escritas; transmitiam-se de pai a filho junto com a crença e a fórmula de oração. Constituía tradição sagrada que se perpetuava em volta do lar da família ou do lar da cidade.

No dia em que começaram a ser escritas, foi nos livros sagrados, nos rituais, isto é, junto das orações e das cerimônias. Varrão, ao citar determinada lei antiga da urbe de Túsculo, acrescenta tê-la lido nos livros sagrados da mesma cidade. Dionísio de Halicarnasso, que consultara documentos originais, disse que em Roma, antes da época dos decênviros, as poucas leis escritas que havia estavam nos livros sagrados. Mais tarde, a lei saiu dos rituais; passou a ser escrita à parte; mas manteve-se o uso de guardá-la no templo e os sacerdotes continuaram sendo seus depositários.

Escritas ou não, formulavam estas leis sempre em sentenças breves e, pela forma, podiam-se comparar aos versículos do livro de Moisés, ou aos cloas do livro de Manu. Parece mesmo que as palavras da lei costumavam ser ritmadas. Aristóteles afirma que, antes que as leis fossem escritas, eram cantadas. Restam vestígios dessa prática na língua; os romanos chamavam às leis carmina, versos; os fretgos nómoi, cantos.

Esses antigos versos eram textos inalteráveis. Mudar alguma letra, deslocar qualquer palavra, alterar seu ritmo, seria destruir a própria lei, destruindo-lhe a forma sagrada sob a qual fôra revelada ao homem. A lei, como a oração, só agradava à divindade enquanto fosse recitada com exatidão, e tornava-se ímpia quando se lhe mudasse uma simples palavra. No direito primitivo a forma exterior, a letra, é tudo; não há que procurar interpretar o sentido ou o espírito da lei. A lei não vale pelo princípio moral que encerra, mas pelas palavras incluídas na sua fórmula. A sua força está nas palavras sagradas que a compõem.

Entre os antigos, e sobretudo em Roma, o conceito de direito estava ligado ao uso de certas palavras sacramentais. Se, por exemplo, se tratasse de fechar um contrato, um dos contratantes deveria dizer: *Dari spondes?* ; e o outro responderia: *Spondeo*. Não se pronunciando estas palavras, não haveria contrato. Em vão credor reclamaria o pagamento da dívida, pois o devedor nada lhe deveria; o que, no direito antigo obrigava o homem não era a consciência, nem o seu sentimento de justiça, mas a fórmula sagrada. Essa fórmula, quando pronunciada por dois homens, estabelecia entre eles um vínculo de direito. Onde não houvesse a fórmula, o direito não existia”.

Esse longo trecho de Fustel de Coulange, que acabamos de citar, demonstra a impossibilidade da lei ser interpretada por quem a aplicava, na época da antiga Roma.

A proibição de interpretar as leis, na antigüidade, foi detectada por Ricardo Lobo Torres (Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário, Renovar, 3ª edição, pgs 3/7). Este autor, em estudo que elaborou sobre o assunto, revela, conforme síntese que apresentamos, que:

a) “Constantino reservou para si a incumbência de examinar a interpretação interposta entre a equidade e o direito” (Código, liv. 1, tít. 14, frag. 1): ‘Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere’).

b) Segundo Savigny, em *Traité de Droit Romain*, publicado em Paris, 1840, v. 1, pg. 294, “Valentiano e Marciano estabeleceram que ao Imperador competia explicar as obscuridades e mitigar o rigor das leis”.

c) Justiniano proibiu que os juizes interpretassem a lei. Em caso de dúvida, deviam procurar o Imperador, ‘a quem exclusivamente é permitido estabelecer e interpretar as leis’ (Código, liv. 1, tít. 17, frag.: “Cui soli concessum est leges et condere et interpretari”). Para Justiniano, o *Corpus Juris* era perfeito.

d) A *Ordonnance Civil pour la reformation de la justice*, de Luís XIV, 1667, França, proibiu a interpretação da lei, facultando-se a consulta ao próprio Rei (cf. Huberlant, Ch. “Leis Mécanismes Institutés pour Comblar Les Lacunes de la Loi”. In: Perelman, Ch (D. Le Problème des Lacunes en Droit. Bruxelles. Emile Bylant, 1968, p. 46; Geny, F. *Méthode d’Interpretation...cit.*, v. 1, p. 77).

e) Na França, a proibição de interpretar a lei só desapareceu com o Código de Napoleão.

f) Na Alemanha (Codificação da Prússia), na Rússia e na Itália existiram normas proibitivas de interpretar a lei.

No Brasil, segundo Ricardo Lobo Torres, ob. cit., pgs. 5 e 6, era comum, no tempo do Império, o Judiciário pedir interpretação ao Executivo. Essa situação só foi minimizada com a República. Eis como o autor citado informa-nos a respeito dessa quadra de nosso Direito:

“Entre nós existe uma longa tradição de normas proibitivas ou restritivas de interpretação, herdada do direito português e das longínquas fontes ibéricas. Já o Direito medieval procurava imobilizar a interpretação por meio das ‘façanhas’ ou casos julgados, que ‘em certas circunstâncias tinham também força de lei’ ou dos ‘pareceres de certos jurisperitos, cuja opinião eqüivalia de certo modo aos *responsa prudentum* do direito romano, pois dela diria se era direito ou costume’. As Ordenações previam que em caso de dúvida os Desembargadores iriam ao Regedor e, permanecendo a dúvida, deveria ser ouvido o próprio Rei (Liv. 1, t. 5, § 5); os casos omissos nas leis ou nos estilos da Corte, se não fosse possível aplicar-lhes o Direito romano, as glosas de Acúrcio ou a opinião de Bartolo, seriam resolvidos pelo Rei. A Lei da Boa Razão, de 18.08.1769, que trazia entre os seus objetivos o de precaver ‘com sábias providências as interpretações abusivas que ofendem a majestade das leis, desautorizam a reputação dos magistrados e têm perplexa a justiça dos litigantes’, continha inúmeras normas sobre a interpretação, como, por exemplo, no § 7º: ‘porquanto a experiência tem mostrado que as sobreditas interpretações dos advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes: Mando que todos os advogados que cometerem os referidos atentados, e forem neles convencidos de dolo, sejam nos autos, a que se juntarem os assentos, multados, pela primeira vez em 50\$000 réis para as despesas da Relação, e em seis meses de suspensão; pela segunda vez em privação dos graus, que tiverem da Universidade; e pela terceira em cinco anos de degredo para Angola, se fizerem assinar clandestinamente as suas alegações por diferentes pessoas’. Os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, previam o ensino das ‘regras de interpretação’, especialmente as da Lei da Boa Razão, e recomendavam aos professores e magistrados: ‘não se precipitem no temerário, e sacrílego atentado de pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e próprios ditames, como se delas pudessem ser árbitros’. No Brasil, ao tempo do Império, era comum ao Judiciário pedir a interpretação do Executivo, coisa que se minimizou na República”.

Como observado, a adoção de métodos e técnicas de interpretação da lei pela doutrina e pela jurisprudência é fenômeno, no

Brasil, que só começou a ter desenvolvimento com a instituição da República. Não guarda, portanto, profundas tradições, o que revela a possibilidade de novos caminhos serem abertos para o aperfeiçoamento da regra positivada tributária ser entendida como contendo propósitos vinculantes ao respeito à dignidade humana, à cidadania e aos valores sociais do trabalho.

Na arquitetura construída, na atualidade, para a interpretação da lei tributária, podemos identificar os enunciados seguintes:

a) as regras legais referentes aos métodos e técnicas de interpretação e integração do Direito Tributário, por se apresentarem com aspectos redundantes e com mensagem insuficientes ao atendimento dos seus objetivos, elas próprias necessitam de interpretação;

b) o CTN, ao dedicar um capítulo inteiro à interpretação e à integração da legislação tributária, trouxe mais dúvidas e insuficiências que solução para o problema, conforme posicionamento de Ricardo Lobo Torres, ob. cit., pg. 25.;

c) o CTN, no capítulo dedicado à interpretação e à integração do Direito Tributário, embora sujeito a críticas, contribui para traçar posturas a serem seguidas no particular, especialmente no tocante a termos como lacunas da lei (art. 108), elisão fiscal (art. 108, § 1º), relação com o direito privado (art. 109), conceitos de Direito Privado utilizados pela Constituição (art. 110), interpretação literal da lei (art. 111);

d) além das regras postas nos arts. 108 a 111, em capítulo especial, temos outras disposições dispostas no CTN que são dedicadas ao fenômeno da sua interpretação e referindo-se aos assuntos a seguir identificados: mudança de critério jurídico (art. 146); consulta e obediência às normas emanadas do Fisco (art. 100, parágrafo único);

e) a interpretação das regras tributárias não deve ser desenvolvida como concebendo o tributo como sendo uma agressão contra o cidadão, porém, como uma relação jurídica subordinada a princípios que se intercomunicam e com objetivos definidos pela ordem constitucional;

f) a visão da norma tributária há de alcançar os patamares da ética. O Estado e o cidadão têm, por destinação constitucional, compromisso com valores axiológicos que são elementos formadores da Democracia;

g) o juiz contemporâneo não é um puro técnico. A ele não é dado, somente, a atribuição de, a partir de um fato concreto, aplicar a lei,

sem examiná-la no tocante aos seus efeitos e aos aspectos harmônicos com os ditames postos na Carta Magna, especialmente, os que determinam a valorização da dignidade humana e da cidadania;

h) a solução dos conflitos tributários há de ser dada, pelo Poder Judiciário, tendo como base maior a concepção de que cultuamos um Estado Democrático de Direito, onde o conteúdo social faz-se, notadamente, presente;

i) na interpretação da norma tributária não é suficiente a invocação da legalidade, da proteção ao não-confisco, de guarda da liberdade, do respeito ao patrimônio. Há, também, de se homenagear os princípios da solidariedade, da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoabilidade, da publicidade, da eficiência e da isonomia;

j) o intérprete tributário está sempre envolvido por dois grandes níveis de indagação:

- como interpretar a lei tributária (qual o sentido de seus termos etc.); e

- como interpretar os fatos (condutas) dos contribuintes para o fim de enquadrá-los na lei tributária (Marco Aurélio Greco, in "Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária", Dialética, 1998, pg. 152);

l) o CTN, no Capítulo IV, Título I, Livro II, intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária", optou por separar os dois processos. Reserva o artigo 107 ao fenômeno da interpretação da norma tributária. Dedicar o artigo 108 aos aspectos de sua integração;

m) a interpretação tem por finalidade "estabelecer as premissas para o processo de aplicação através do recurso à argumentação retórica, aos dados históricos e às valorizações éticas e políticas, tudo dentro do sentido possível do texto" (Ricardo Lobo Torres, in "Normas de Interpretação e Integração de Direito Tributário", 2000, pg. 35. Na "integração o aplicador se vale dos argumentos de ordem lógica, como a analogia e o argumento a contrário, operando fora da possibilidade expressiva do texto da norma" (Ricardo Lobo Torres, idem, pg. 35);

n) o intérprete brasileiro enfrenta dificuldades quando tem necessidade de corrigir antinomias presentes na norma tributária. A correção tem por finalidade afastar a antinomia identificada, atuando, conseqüentemente, de modo negativo. Difere da integração: esta atua

positivamente, colmatando as lacunas, na expressão de Ricardo Lobo Torres, ob. cit. pg. 38);

o) a dificuldade anteriormente apontada decorre do fato do CTN não ter capítulo dedicado à correção das antinomias, cf. adverte Ricardo Lobo Torres, ob. cit., pag. 39;

p) as antinomias tributárias podem ocorrer entre normas e entre princípios (Constitucionais e infraconstitucionais);

q) o CTN, na expressão de Ricardo Lobo Torres, ob. cit. pg. 47, no referente ao sistema interpretativo que definiu, adotou estruturação “ambígua e insuficiente”, não só por desconsiderar a correção do CTN, mas, também, porque separou a interpretação da aplicação e da integração da lei tributária. Deixou de “apreender o processo hermenêutico em sua totalidade e em sua verdadeira natureza de concretização do direito”;

r) o intérprete tributário, na época atual, há de trabalhar com várias entidades jurídicas específicas, decifrando-as em seu conteúdo íntimo e nos objetivos a serem alcançados, a saber:

1 – os princípios constitucionais tributários;

2 – a relação jurídica tributária material (art. 113, § 1º) e formal (art. 113, § 2º, CTN), e a sua natureza;

3 – o nascimento da obrigação tributária (o fato gerador e seu elemento objetivo, fato ou situação jurídica sobre o qual incide o tributo, envolvido em seus aspectos materiais, temporais, especiais e quantitativos) e subjetivo (as pessoas que compõem a relação tributária – sujeito ativo e sujeito passivo);

4 – o crédito tributário [conceito, processo de concreção, lançamento (princípios que o regem: vinculação à lei, irretroatividade, irreversibilidade e inalterabilidade), suspensão, extinção e exclusão, garantias, fiscalização];

5 – infrações e sanções em matéria tributária;

6 – processo tributário;

7 – sistema tributário;

12. A interpretação do direito tributário na visão de três doutrinadores

Dedicamos espaço, agora, neste trabalho, para apresentar, de forma sintetizada, as idéias de três doutrinadores brasileiros sobre como deve ser interpretada a norma tributária.

Em primeiro lugar, invocamos as sugestões lançadas por Eros Roberto Grau, no artigo "A interpretação do Direito e a Interpretação do Direito Tributário", publicado na obra coletiva intitulada "Estudos de Direito Tributário em Homenagem à memória a Gilberto de Ulhôa Conti, Forense, 1998, pgs. 123/130.

Da fundamentação desenvolvida por Eros Roberto Grau, extraímos os seguintes enunciados:

1 – A norma é uma manifestação de poder, o que se constitui em grave problema quando a ela se empresta uma interpretação autêntica.

2 – Há uma equação entre a interpretação e a aplicação da norma. Isto retrata que esses dois fenômenos dedicados à compreensão da norma não se realizam autonomamente.

3 – A moldura da norma é diversa da moldura do texto. Esse fator leva o "intérprete a interpretar também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito."

4 – A "moderna reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional da interpretação e coloca sob acesas críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber porque um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido."

5 – Há uma insubsistência dos métodos de interpretação decorrente "da inexistência de uma meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles."

6 – Em razão do exposto, os preceitos veiculados pelos arts. 107 a 112 do CTN não são capazes de suprir a inexistência de uma meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles. "A uma, porque também esses preceitos-regras sobre interpretação devem ser

interpretados para que possam ser transformados em normas (normas-regra sobre a interpretação do Direito Tributário). A duas, porque, sendo a interpretação do direito uma prudência, apenas poderá ser parametrada por princípios, isto é, por mandados de otimização – jamais por regras.”

7 – “Qualquer tentativa de submissão da interpretação a regras será, quando não inteiramente inócua, totalitária.”

8 – O art. 111 do CTN (interpretação literal dos textos reguladores da isenção) agora que, no direito, caminhamos da estrutura à função e que os tributos não são apenas instrumentos de produção de receita pública”.

9 – Embora o intérprete autêntico, no Direito Tributário, encontre-se mais vinculado ao princípio da legalidade estrita, não o afasta da regra de que a norma é produzida pelo intérprete autêntico e “produzida não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).”

10 – É “juridicamente insustentável a proposta de interpretação econômica do Direito Tributário. Ainda quando o texto normativo (a lei, no Direito Tributário) tenha reconceituado expressamente (= redefinido) determinado instituto, conceito ou forma de direito privado, para os efeitos do Direito Tributário, ainda assim a interpretação há de permanecer sendo jurídica, jamais econômica”.

O segundo doutrinador, cujos fundamentos desenvolvidos sobre como interpretar o Direito Tributário passamos a invocar, chama-se Sacha Calmon Navarro Coêlho (Curso de Direito Tributário, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pgs. 567/577). Do que escreveu o mencionado autor, extraímos os excertos registrados a seguir:

a) “A experiência jurídica do ocidente gerou duas escolas: a da lei e a da experiência. Pela primeira, a lei é a fonte por excelência do Direito, mas a lei é genérica, abstrata e geral, não abarca toda a vida. O intérprete é obrigado a reduzi-la para cobrir toda a realidade, os casos ricos em minúcias. A escola da experiência parte do case para criar normas generalizantes, que no limite tampouco conseguem aprisionar a realidade, abrindo uma jurisprudência de princípios, sempre inovada por um novo caso.”

b) “A integração do direito nos sistemas que adotam a lei como ponto de partida apresenta dificuldades de monta em face do princípio da legalidade.”

c) “O art. 107, com dizer que a legislação tributária é interpretada, conforme o disposto no capítulo da integração e interpretação legislação tributária, não quis reduzir o processo interpretativo geral, empobrecendo-o, mas apenas colocar algumas regras pontuais, tendo em vista as peculiaridades do Direito Tributário.”

d) “Assim sendo, no art. 108 impôs ordem e sucessividade ao processo integrativo e fixou, tendo em vista o princípio da legalidade, os limites da eqüidade e da analogia.”

e) “A eqüidade, bondosa, a seu turno, não pode, jamais, dispensar o pagamento de tributo devido.”

Firmamos, ainda, com base no pensamento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, ob. cit., os seguintes enunciados sobre como interpretar o Direito Tributário:

1) Não há espaço, no Direito Tributário material (obrigação tributária) para a aplicação da analogia e da eqüidade.

2) No Direito Tributário formal e no infracionário, a analogia e eqüidade (formas de integração) podem ser empregadas.

3) É destituída de razão e eficácia a enumeração pela ordem das mais integrativas (analogia, eqüidade, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do Direito) do Direito Tributário administrativo e infracional, a favor do contribuinte.

4) O art. 109 do CTN não autoriza a adoção da aplicação econômica. É útil, apenas, para evitar o chamado abuso das formas de Direito Privado (equiparar um contrato de aluguel ao do comodato, para evitar o pagamento de Imposto de Renda).

5) “Interpretação literal não é interpretação mesquinha ou meramente gramatical, Interpretar estritamente é não utilizar interpretação extensiva. Compreende-se. Todos deve, na medida do possível, contribuir para manter o Estado. As exceções devem ser compreendidas com extrema rigidez” (pg. 576).

Alexandre de Moraes, na sua excelente obra “Constituição do Brasil Interpretada”, Atlas, 2002, descreve o sistema de interpretação que deve ser seguido para a interpretação das normas constitucionais.

Tudo o que registra é aplicável ao Direito Tributário, pela identidade dos objetivos entre esses dois ramos do Direito.

Da doutrinação de Alexandre de Moraes, pgs. 107/111, permitimo-nos sugerir as sínteses seguintes:

a) a interpretação constitucional pode ser classificada, tradicionalmente, segundo a fonte de onde emana, em autêntica, jurisprudencial ou doutrinária;

b) os tradicionais métodos interpretativos são: histórico, gramatical, lógico, teleológico e sistemático;

c) as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os seguintes princípios e regras: da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade ou da eficiência da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da constituição.

Esses princípios e regras são explicitados por Alexandre de Moraes, ob. cit., pg. 109, do modo que transcrevo:

“Partindo-se da premissa fundamental da supremacia das normas constitucionais, são os seguintes os princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

- da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. Assim, a análise sistêmica do texto magno é impositiva e primordial, pois, como salienta Canotilho, o intérprete deve ‘considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar’. A necessidade de interpretar-se a Constituição de forma unitária demonstra a interdependência e complementariedade das normas constitucionais, que não poderão, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte, ser interpretadas isoladamente;

- do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

- da máxima efetividade ou da eficácia: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia conceda-lhe. Consequentemente, todas as normas constitucionais têm validade,

não cabendo ao intérprete optar por umas em detrimento total do valor de outras;

- da justeza ou da conformidade funcional: os órgão encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

- da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

- da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. A supremacia das normas constitucionais e sua força normativa já foram analisadas.”

A seguir, com base em Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda, Alexandre de Moraes, anuncia:

“Aponta, igualmente, com Canotilho e Vital Moreira, a necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão.

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:

- a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito do alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;

- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;

- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”.

A interpretação do Direito Tributário para que possa ser aplicado em harmonia com os princípios que são dedicados a fazer valer todo o conteúdo da dignidade humana e da cidadania, deve ser interpretado com apoio em todas as regras e princípios fixados na Constituição Federal, no próprio CTN e defendidos pela doutrina, especialmente, as de natureza constitucional que acabamos de mencionar.

As reivindicações da cidadania no mundo contemporâneo não podem ser afastadas do intérprete do Direito Tributário. Cabe-lhe enfrentar o desafio, construindo um novo modelo para conhecer a verdadeira função da norma tributária. Esse modelo há de passar pela extensão do artigo 1º e incisos da Constituição Federal, entre outros, especialmente, os incisos I e II.

No curso do Século XXI que começamos a construir, devemos ter como meta, na interpretação da lei tributária, as observações registradas por Ricardo Lobo Torres, pgs. 344/345, ao encerrar a obra que citamos por várias vezes:

“As ideologias que defendem a hierarquia dos valores de corporificam nas normas sobre a interpretação. As proibições de interpretar e de empregar a analogia e as regras para a interpretação literal, sistemática e subjetiva visam apenas a garantir a segurança. Dispositivo como o art. 1º do CC suíço denota, ao revés a preocupação exacerbada com a justiça.

As normas da antiga codificação tributária alemã tinham o objetivo de buscar casuisticamente a igualdade e a justiça fiscal. As do CTN, pela sua preocupação com a interpretação literal, com a hierarquia de métodos e com a proibição de analogia engajam-se, desenganadamente, na defesa da segurança jurídica.

As normas de interpretação do Direito Tributário, em suma, introduzem a desarmonia no sistema de valores, pelo que se tornam ilegítima e inválidas. Se interpretadas no sentido de que não prejudicam o equilíbrio entre os princípios e as idéias jurídicas fundamentais, tornam-se supérfluas, pois os valores não se traduzem em linguagem normativa e a sua concretização depende da qualidade do ordenamento jurídico e da prática interpretativa”.

Em síntese, o que devemos seguir é a postura, tão-somente, de que as normas de Direito Tributário sejam interpretados em harmonia com os postulados postos na Constituição Federal, todos voltados para a construção de uma democracia plena onde a dignidade humana e a cidadania sejam consideradas como o centro de todas as suas atenções.

13. Princípios regedores da capacidade contributiva

13.1 Teorias que permitem o aumento da arrecadação e a sua influência no aumento da arrecadação

a) Interpretação econômica do Direito Tributário e o uso da analogia.

Teoria divulgada a partir da Alemanha, por Enno Becher, tem origem no art. 4º do Ordenamento Tributário Alemão, de 31.12.1919:

“Art 4º - Na interpretação das leis fiscais deve-se levar em conta a sua finalidade, o seu significado econômico e a evolução das circunstâncias”.

Essa teoria é denominada de teoria da consideração econômica ou da preponderância do conteúdo econômico dos fatos, tem por finalidade buscar o significado econômico das leis tributárias com base no princípio da igualdade, onde situações econômicas iguais devem ser tratadas de forma igual, independente da forma jurídica adotada na operação, visando a uma distribuição uniforme dos encargos sociais”.

b) Teoria do abuso de forma – consiste em coibir o uso de uma forma jurídica “atípica” ou “não comum” para um negócio obrigando a utilização da forma “típica ou “normal” para o mesmo negócio, que permitiria uma maior incidência fiscal (no sentido da arrecadação de receita).

Questionamentos:

Até que ponto pode a Administração Tributária considerar abusiva a forma jurídica adotada numa operação se esse meio é perfeitamente autorizado em lei?

Qual o critério lógico e objetivo para desconsiderar a forma “atípica” ou “não comum” e adotar-se a forma “típica” ou “mais comum” para o negócio?

Essa teoria coloca o direito numa camisa-de-força. O mundo empresarial, e aí insere-se também a Administração Pública, tem na dinâmica sua principal particularidade. Dizer o que é abusivo ou não, investe o intérprete de um subjetivismo sem medidas. Não se pode impor ao empresário a forma da compra e venda para transferir um imóvel à sociedade, incidindo imposto de transmissão, ao invés de fazer uso da incorporação de bens ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, não incidindo o imposto (artigo 156, § 2º, inciso I, da CF 88). Atitudes desse porte levam a um autoritarismo das formas, na medida em que manietam a livre iniciativa, fixando um regramento estanque e uniforme. O Estado Democrático de Direito não comporta teorias dessa magnitude, assim critica em tudo a doutrina clássica.

c) Teoria do abuso de direito

Outro desdobramento da interpretação econômica é a teoria do abuso de direito. Ela tem a nota de considerar ilícita a conduta do contribuinte que pretende exclusivamente a economia de imposto, fundamentando-se no uso imoral do Direito. O intérprete aplicaria uma regra moral própria, convertendo-a numa regra jurídica a incidir em cada caso. Para cada situação existirá uma regra moral específica. Seu campo de incidência é o plano da moral, o que rejeita o princípio da legalidade e o valor segurança jurídica. Há quem a defenda⁽⁴⁷⁾, associando-a ao princípio da solidariedade, onde o Estado tem a prerrogativa de tributar e o indivíduo tem o dever de participar do custeio das despesas públicas.

A corrente doutrinária mais tradicional, jungida ao princípio da tipicidade fechada, não aceita esse argumento. Acredita que compete ao indivíduo, dentre várias alternativas lícitas oferecidas pelo ordenamento, optar qual o caminho lícito a tomar. Não se pode obrigar alguém a pagar mais tributos se há solução lícita dentro do ordenamento que o autorize a pagar menos tributos. O que existe é o dever de pagar tributos, o dever de custear as ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, o dever de contribuir para satisfazer as necessidades sociais, mas não o de pagar mais tributos sobre a mesma situação (como no caso da incorporação de bens ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, visto acima).

Essas teorias possuem o mesmo efeito da interpretação econômica, pois elas proporcionam ao intérprete desprezar a forma ou a realidade jurídica para considerar tão somente o conteúdo econômico da operação.

13.2. O princípio da capacidade contributiva como critério justo de repartição da carga de impostos

a) O conteúdo do princípio da capacidade contributiva (Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva – Klaus Tipke e Douglas Yamashita – Edit. Malheiros):

- Princípio da capacidade contributiva como princípio indeterminado, mas determinável.
- Princípio da capacidade contributiva: vale para todos os impostos de finalidade fiscal.
- Princípio da capacidade contributiva como princípio de individualidade.
- Princípio da capacidade contributiva como princípio de realidade.
- Princípio da capacidade contributiva: protege o mínimo existencial.
- Princípio da capacidade contributiva e tributação das empresas.
- Princípio da capacidade contributiva: não tolera direitos de escolha da consequência jurídica.

b) Eficácia do Princípio da Capacidade Contributiva no Brasil

- Eficácia do princípio da igualdade e da capacidade contributiva
- Supremacia constitucional versus discricionariedade legislativa

c) Princípio da capacidade contributiva e princípio da progressividade

d) Princípio da capacidade contributiva ao imposto de renda:

Teoria da fonte e teoria do acréscimo patrimonial – (esta foi recepcionada pela CF de 88).

Violação ao princípio da capacidade contributiva em matéria de imposto de renda:

- Tributação definitiva ou exclusiva na fonte pelo imposto de renda de pessoas físicas :
- Discriminação de rendimentos segundo sua origem, e não segundo seu valor pecuniário
- Violação do princípio da disponibilidade de renda
- Excludente constitucional da antijuridicidade da violação do princípio da capacidade contributiva?
- Métodos de redistribuição de renda: substituição do imposto cedular pela progressividade
- Justificativa constitucional do método parcialmente analítico em vigor?

CONCLUSÃO DOS AUTORES ACIMA CITADOS: (SOBRE A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA EM MATÉRIA DE IMPOSTO DE RENDA):

I) A TRIBUTAÇÃO ISOLADA E DEFINITIVA DE GANHOS DE CAPITAL, GANHOS EM APLICAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL E RENDA FIXA É INCONSTITUCIONAL, PORQUE FERE O PRINCÍPIO DA TRIBUTAÇÃO ISONÔMICA SEGUNDO A CAPACIDADE ECONÔMICO-CONTRIBUTIVA AO TRATAR DESIGUALMENTE RENDIMENTOS QUANTITATIVAMENTE IGUAIS. SEMPRE QUE DESPESAS DEDUTÍVEIS EXCEDEREM OS RENDIMENTOS INTEGRANTES DA BASE DE CÁLCULO E HAVENDO RENDIMENTOS POSITIVOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO DEFINITIVA, ESTA SERÁ INCONSTITUCIONAL, POR IMPOSSIBILITAR AS DEDUÇÕES DE TAIS ELEMENTOS NEGATIVOS DA RENDA.

A ANTIJURIDICIDADE DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PELA TRIBUTAÇÃO DEFINITIVA NÃO É SANADA PELO PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL REDUTOR DA DESIGUALDADES SOCIAIS (ART. 3º, III, E 170, VII, DA CF/1988), POSTO QUE A TRIBUTAÇÃO DEFINITIVA NÃO REALIZA REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA ALGUM, DEVIDO À INCOERÊNCIA VALORATIVA, QUE, POR SUA VEZ, SIGNIFICA UMA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

II) UMA SEGUNDA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA RESIDE NA INDEDUTIBILIDADE DE CERTAS PROVISÕES NO LUCRO REAL. MUITO EMBORA PREVEJA A DEDUTIBILIDADE DAS TRÊS PROVISÕES QUE MENCIONA, O ART. 335 DO REGIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA/1999 PROÍBE A DEDUTIBILIDADE DE QUAQUER OUTRAS PROVISÕES, DENTRE AS QUAIS DESTACAM-SE, POR SUA ENORME RELEVÂNCIA, AS PROVISÕES PARA RISCOS FISCAIS, TAIS COMO POTENCIAIS AUTUAÇÕES COM PEQUENAS CHANCES DE ÊXITO PARA O CONTRIBUINTE, AS PROVISÕES PARA OUTROS PASSIVOS CONTINGENTES, TAIS COMO GARANTIAS CONCEDIDAS PARA COBERTURA DE COMPROMISSOS DE TERCEIRO QUE PROVAVELMENTE SE TORNARÃO OBRIGAÇÕES DA EMPRESA OU VALORES RECEBIDOS QUE DEVERÃO SER RECLAMADOS POR TERCEIROS.

e) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA AO ICMS

I) O ICMS como imposto sobre o consumo final

- Princípio da não-cumulatividade e consumo final
- Princípio da não-cumulatividade, direito ao crédito e destaque do imposto.

II) Princípio da seletividade do ICMS e consumo final

- Princípio da capacidade contributiva objetiva e ICMS

III) Incidências indiretas sobre o consumo final: o objeto do imposto como fato-signo presuntivo do bem tributável no ICMS

IV) VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA TRIBUTAÇÃO ISONÔMICA SEGUNDO A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

- Profanação do mínimo existencial
- Indevida incidência sobre doações
- Inclusão do ICMS e sua própria base de cálculo.

(AINDA DO AUTOR KLAUS TIPKE E DOUGLAS IAMASHITA, EM JUSTIÇA FISCAL E PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA) = MALHEIROS).

14. A NOÇÃO DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NÃO SE RESUME AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 145, ° 1º DA CF. OUTROS DISPOSITIVOS DELE CUIDAM: ART. 150, IV (VEDAÇÃO DO CONFISCO); 153, § 2º, I, E 156, § 1º, I (PROGRESSIVIDADE EXPRESSA DO IMPOSTO DE RENDA E DO IPTU); ART. 153, § 3º, I E II, E 155, § 2º, I E III (SELETIVIDADE DE ALÍQUOTAS E A NÃO-CUMULATIVIDADE DO IPI E DO ICMS); ART. 7º, IV (DISCRIMINAÇÃO DOS ITENS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS PARA A FIXAÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO)

15. A noção de capacidade contributiva afina-se com outros direitos constitucionais além do direito de propriedade, com o qual guarda relação necessária. olvidano o respeito à capacidade contributiva, pode o legislador, também, vir a cercear ou obstar ao exercício de outros direitos, tais como o direito à educação, o direito à saúde, a liberdade de iniciativa e a liberdade de profissão (regina helena costa, em princípio da capacidade contributiva – malheiros).

16. Capacidade contributiva e direitos fundamentais

CONCLUSÕES DE REGINA HELENA COSTA, EM PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – MALHEIROS.

a) O Estado, por via da tributação, não pode, sob pena de praticar confisco (art. 150, IV, CF), desrespeitar o princípio da função social da propriedade, impondo-lhe alta carga tributária que impeça o exercício desse direito fundamental.

b) A liberdade de iniciativa não pode ser obstada pelo exercício de tributação ignoradora da capacidade contributiva. (art. 170, Caput, c/c o art. 5º, XII,)

c) Princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação, segundo o qual os diversos direitos e liberdades devem conviver harmonicamente com a atividade tributante do Estado.

d) Se a lei Maior assegura o exercício de determinados direitos, que qualifica como fundamentais, não pode tolerar que a tributação, também constitucionalmente disciplinada, seja desempenhada em despreço a esses mesmos direitos.

e) O direito à saúde, direito de todos e dever do Estado, assegurado pelo art. 196 da Lei Maior, deve ser tutelado pela tributação, não podendo, por exemplo, os valores referentes às despesas médicas e com seguro-saúde ser considerada renda tributável para efeito de imposto de renda.

f) A educação, por sua vez, "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205. Do mesmo modo, as despesas com a educação, do contribuinte e seus dependentes, não podem integrar a renda tributável, sob pena de se violar direito fundamental.

17. Direitos fundamentais do contribuinte

a) O princípio da legalidade para exigir ou aumentar tributos (Esse princípio exige que a norma tributária contenha todos os elementos

necessários à incidência da imposição tributária: sujeito ativo, passivo, fato gerador, base de cálculo, alíquota, destinação específica, quando existir exigência constitucional).

b) As normas referentes as taxas devem identificar expressamente o serviço prestado ou posto à disposição do cidadão contribuinte.

03/10/2007